Digitized by Google

Y. germ. 126 t

Digitized by Google

<36619758190017

<36619758190017

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Das

deutsche Pfandrecht.

Digitized by Google

Digitized by Google

Das

deutsche Pfandrecht.

Von

Dr. Viktor von Meibom,
ordentlichem Professor an der Universität zu Tübingen.

Meibom
Pfandrecht

Marburg.
N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.
1867.

186 G

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Aufgabe der Untersuchung S. 1. Zur Dogmengeschichte: ältere Schriftsteller S. 4, Albrecht S. 12, die Spätern S. 13. Kritik der bisherigen Darstellung S. 14. Ueber die benutzten Quellen S. 19. Erklärung der Citate S. 20.

Erster Abschnitt.

Begriff und Arten des Pfandrechts.

§. 1. . . . . S. 22.

Das genommene und das gesetzte Pfand S. 22. Die Ausdrücke Pfand und Wedde S. 24. Die Rechtsbildung bezüglich der Pfändung S. 26, bezüglich der Satzung S. 27. Pfändung und Satzung verschiedene Rechtsinstitute S. 28. Zusammenfassung derselben unter einem gemeinsamen Pfandrechtsbegriff? S. 30.

Eintheilung des Pfandrechts 1) nach dem Entstehungsgrunde S. 32; 2) nach dem Gegenstande S. 33; 3) nach dem Besitze des Pfandes S. 36.

Zweiter Abschnitt.

Die Pfändung.

I. Die obrigkeitliche Pfändung.

§. 2. 1) Die Pfändung im Exekutionsverfahren. S. 39.

A. Prozessuales.

Uebergang vom System des indirekten Zwangs gegen den Schuldner zur direkten Exekution S. 39. Voraussetzungen der Exekution S. 42 ff.:

Digitized by Google

mit Nothrecht gewonnene oder bekannte Schuld S. 43; Fälle der bekannten Schuld: Schuldbekenntniß im Prozeß S. 44, gerichtliches Schuldbekenntniß außerhalb des Prozesses S. 47, außergerichtliches Schuldbekenntniß S. 54.

Gegenstände der Exekution S. 55 ff.: anfangs nur Mobilien S. 55; Ausdehnung auf Immobilien S. 56. Reihenfolge der Exekutionsobjekte S. 56. Forderungsrechte des Schuldners und Sachen desselben im Besitze Dritter? S. 59. Fremde Sachen im Besitze des Schuldners? S. 62; insbesondere über Anwendung der Regel Hand muß Hand wahren S. 63.

Verfahren bei der Exekution S. 70 ff. I. Mobiliarexekution. Nach den Volksrechten S. 73. Nach den fränkischen Reichsgesetzen S. 75. Nach den Rechtsbüchern S. 76. Erster Abschnitt des Verfahrens: Pfändung S. 78, Aufbewahrung (zu borge tun) S. 79, Aufbieten S. 81, Anbieten des Pfandes S. 85. Zweiter Abschnitt des Verfahrens: Gewaltigung S. 91, Versatz S. 91, Verkauf S. 92, Uebereignung S. 96, Einlösung S. 96. II. Immobiliarexekution. Nach den fränkischen Reichsgesetzen S. 97. Nach den Rechtsbüchern S. 102. Erster Abschnitt des Verfahrens: Fronung (Kummer, Besate) S. 103, Aussetzung des Schuldners und Einsetzung des Gläubigers? S. 104. Zweiter Abschnitt des Verfahrens: 1) Vertheilungs- (Insatz-, Anleite-) Verfahren S. 106, Aufbieten S. 107, Einsetzung des Gläubigers S. 108, Vertheilung nach Jahr und Tag S. 109. 2) Distraktionsverfahren S. 115, Versatz S. 123, Verkauf S. 124, Uebereignung S. 125, Einlösung S. 126.

Subjekte der Exekution S. 126 ff. Der Richter Rechtsbeistand des Klägers? S. 126. Mitwirkung der Urtheilsfinder S. 129.

B. Materielles Recht.

I. Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner S. 131 ff. Einfluß der Exekution auf den Bestand des Forderungsrechts S. 131. Beschränkung der Rechtsverfolgung auf das Pfand S. 134.

II. Verhältniß des Gläubigers zum Pfande S. 135 ff. Thatsächliches Verhältniß S. 135. Rechtliches Verhältniß 1) während des ersten Abschnitts des Exekutionsverfahrens: Sicherstellung des Gläubigers durch Beschlagnahme des Pfandes S. 136. Kein dingliches Recht desselben am Pfande S. 136. Verfolgung des Rechts gegen Dritte? S. 137. 2) Während des zweiten Abschnittes des Exekutionsverfahrens: Gewere des Gläubigers S. 138; rechte Gewere? S. 139. Natur seines Rechtes am Pfande; Eigenthum? S. 140. Satzungsrecht? S. 141; ein persönliches Recht zur Veräußerung des Pfandes kraft der in der Gewaltigung enthaltenen Vollmacht S. 143. Obligationsverhältniß zwischen Pfandgläubiger und Schuldner bezüglich der Veräußerung des Pfandes S. 145; insbesondere Haftung für den Zufall S. 146.

§. 3. 2) Die Pfändung im Arrestverfahren . . S. 147.

Der Arrest wegen Schulden und sein Zusammenhang mit dem Exekutionsverfahren S. 147. Quellen des Arrestrechts S. 149.

Digitized by Google

A. Prozessuales.

Voraussetzungen des Arrests S. 151 ff. 1. Arrest auf das Gut des Schuldners wegen Unmöglichkeit die Person desselben zu belangen: a) nach dem Tode des Schuldners S. 152; b) wegen Abwesenheit (Flucht, Verschollenheit) des Schuldners S. 153. 2. Arrest auf das Gut oder die Person des Schuldners wegen Gefährdung der Exekution: a) gegen einheimische Schuldner wegen Fluchtverdachts S. 157; b) gegen fremde Schuldner auf Antrag des einheimischen Gläubigers ohne weiteren Arrestgrund S. 158, auf Antrag des fremden Gläubigers im Falle der Justizverweigerung S. 159.

Subjekte und Gegenstände des Arrests S. 162 ff. Immobilien? S. 164. Forderungsrechte? S. 165. Reihenfolge der Arrestobjekte S. 166.

Verfahren S. 167 ff. Erster Abschnitt des Verfahrens: Anlegung des Arrests S. 168; Verfolgung des Arrests im nächsten Gerichtstag S. 170; weiteres Verfahren 1) wenn keine Gegenpartei vorhanden ist: Aufbieten, Geweldigung S. 172; 2) wenn eine Gegenpartei vorhanden ist: Verkündigung des Arrests S. 173, zweifeitige Verhandlung S. 174, Aufhebung des Arrestes oder Geweldigung des Pfandes S. 175. Zweiter Abschnitt des Verfahrens: Uebereinstimmung desselben mit dem Exekutionsverfahren S. 176. Ausnahmen S. 176.

B. Materielles Recht. S. 177.

§. 4. 3) Die Pfändung ohne Prozeß . . . S. 177.

Voraussetzungen der obrigkeitlichen nicht prozessualen Pfändung S. 177 ff. 1) Herrschaftliche Pfändung: durch Gerichtsherrn S. 178, Schirmherrn S. 179, Leibherrn S. 180. 2) Genossenschaftliche Pfändung: bei Stadtgemeinden S. 181, Zünften S. 182, Markgenossenschaften S. 183, Deichgenossenschaften S. 183. Ableitung der Pfändungsbefugniß aus der Gerichtsbarkeit? S. 185.

Das Verfahren und das materielle Rechtsverhältniß analog der prozessualen Pfändung S. 187.

II. Die Privatpfändung.

§. 5 . . . . . S. 190.

Voraussetzungen der Privatpfändung S. 190 ff. Ein allgemeines Pfändungsrecht aller Gläubiger unerweislich S. 190. Drei Systeme in den Volksrechten in Betreff des Pfändungsrechts: das langobardische S. 191, das bayrisch-burgundische S. 194, das fränkische S. 195. Das fränkische System als Reichsrecht S. 196. Ausnahmen vom Verbot der Privatpfändung: 1) Thierpfändung wegen Beschädigung von Grundstücken S. 198; Zusammenhang derselben mit der Haftung des Eigenthümers des Thiers

für den Schaden S. 199. 2) Personalpfändung wegen Beschädigung von Grundstücken S. 200; Zusammenhang derselben mit der Betretung auf handhafter That S. 201. 3) Pfändung wegen Leihezinses S. 204. Das Hintersassenverhältniß als Grundlage derselben S. 207. 4) Pfändung wegen Kaufrenten? S. 209. 5) Pfändung wegen kundlicher unlogenbarer Schulden? S. 211. Erklärung des Landfriedens von 1389. §. 24. S. 215 und des Reichsabschieds von 1442. §. 2. S. 218. 6) Konventionalpfändung S. 220. 7) Pfändung im Nothfall S. 220.

Gegenstände der Privatpfändung S. 222 ff. Nur Mobilien. Eigenmächtige Einziehung des pflichtigen Grundstücks wegen Leihezinses? S. 224; wegen Kaufrenten? S. 228.

Materielle Wirkungen der Privatpfändung S. 231 ff. Nach langobardischem Recht S. 231. Nach bayrisch-burgundischem Recht S. 232. Nach gemeinem deutschem Recht bei der Pfändung wegen Schadensstiftung S. 233, bei den übrigen Arten der Privatpfändung S. 242.

Dritter Abschnitt.

Die Satzung.

§. 6. I. Die Satzung als Strafgeding . . . S. 248.

Die Satzung als Strafgeding in den Volksrechten S. 248 ff. Ihre Form S. 248. Ihr Gegenstand S. 249. Rechtsverhältniß in Folge der Pfandsetzung S. 250. Mögliche, nicht nothwendige Beziehung der Satzung auf ein Schuldverhältniß S. 254. Ueber L. Wisig. V. 6, 3. S. 257.

Die Satzung als Strafgeding im spätern Mittelalter S. 260 ff.

§. 7. II. Die Satzung als Tauschgeschäft . . S. 264.

Ausdehnung des Satzungsbegriffs auf Geschäfte, welche einen Austausch von Werthen bezwecken S. 264. Zeit dieser Erweiterung S. 270. Die Formeln für Satzungsgeschäfte S. 270.

Die Satzung als Tauschgeschäft bezweckt nicht die Sicherung eines Forderungsrechts und setzt ein solches nicht voraus S. 273. Beweis aus Urkunden S. 276, aus den Rechtsbüchern S. 280; Auslegung der zweiten Hälfte von Ssp. III. 5. §. 5. S. 283.

A. Voraussetzungen der Satzung.

1. Ein zum Versatz geeigneter Gegenstand S. 295. Verpfändbarkeit von **res extra commercium** S. 295, von Rechten S. 297. Keine Satzung von Forderungsrechten S. 298.

2. Verpfändungsbefugniß des Verpfänders. a) Verpfändung durch den Eigenthümer; Beschränkung aus Gründen des öffentlichen Rechts S. 299, im Interesse der Familie S. 301, durch Rechte anderer Dinglich-Berechtigten

Digitized by Google

S. 302. b) Verpfändung von Rechten an fremder Sache: Leibzucht, Lehn, Erbzinsrecht S. 303. c) Verpfändung fremder Sachen, befugte kraft Vollmacht des Eigenthümers, kraft richterlicher Erlaubniß, kraft erlaubter Selbsthülfe eines Gläubigers S. 305; unbefugte, deren Wirksamkeit gegen den Eigenthümer kraft rechter Gewere S. 309, nach dem Grundsatz Hand wahre Hand S. 310, bei jüdischen Pfandbesitzern S. 311, Ausdehnung des Vorrechts der Juden auf christliche Pfandbesitzer S. 314.

3. Abschluß des Pfandvertrags. Einfluß des Zwangs und Betrugs S. 315. Satzung zu Fluchtsal S. 316. Zum Vertrag muß hinzutreten a) bei Mobilien die Uebergabe S. 317, b) bei Immobilien die Auflassung; ihre Form, insbesondere Gerichtlichkeit? S. 319; ihre Wirkung S. 324, insbesondere ob Beweisung erforderlich? S. 325.

B. Wirkungen der Satzung.

1. Dingliche Wirkungen. S. 327.

A. Rechte des Pfandempfängers. a) Bei Mobiliarpfändern: Gewere S. 327, kein Gebrauchs- und Nutzungsrecht S. 328, kein Distraktionsrecht S. 330, Verfall des Pfandes zum Eigenthum des Pfandbesitzers nach vergeblicher Aufforderung des Verpfänders zur Einlösung S. 332. b) Bei Immobiliarpfändern: Gewere S. 341, Gebrauchs- und Nutzungsrecht S. 341, kein Distraktionsrecht oder Recht auf Uebereignung des Pfandes S. 346, Veräußerlichkeit des Satzungsrechts S. 347, Hingabe des Pfandes zu Lehn, zu Leibzucht, als Afterpfand, S. 351.

B. Rechte des Verpfänders. a) Bei Mobiliarpfändern: Eigenthum ohne Gewere und ohne dingliche Klage gegen Dritte S. 353. Fruchtgenuß? S. 354. Dingliche Klage gegen den Pfandbesitzer S. 355. b) Bei Immobiliarpfändern: Eigenthum ohne Gewere, Gebrauchs- und Nutzungsrecht. Unterschied zwischen Versatz und Verkauf auf Wiederkauf S. 358.

2. Obligatorische Wirkungen S. 360.

A. Verbindlichkeiten des Verpfänders: Uebergabe und Auflassung des Pfandes S. 360, Gewährleistung S. 361. Unterhaltskosten? S. 362.

B. Verbindlichkeiten des Pfandempfängers: 1) Bis zur Einlösung: Aufbewahrung, Unterhaltung, Nichtgebrauch des Mobiliarpfands und ordnungsmäßiger Gebrauch des Immobiliarpfands S. 366; Haftung für Verschulden S. 366, für Zufall a) bei Mobiliarpfändern S. 368, insbesondere über Ssp. III. 5. §. 4, §. 5 erste Hälfte S. 368. b) Bei Immobiliarpfändern S. 375. 2) Bei der Einlösung: Restitutionspflicht S. 377; Anspruch auf Ersatz der Verwendungen S. 382, auf die verdienten Früchte S. 383.

Vermögensrechtliche Natur der Verbindlichkeiten aus dem Pfandvertrage S. 383. Kein Treue- oder Dienstverhältniß zwischen Verpfänder und Pfandempfänger S. 384. Pfandlehen und Lehnspfand S. 385.

Digitized by Google

C. Die Rechtsverfolgung.

Die Rechtsmittel des Pfandempfängers und Verpfänders S. 391. Das Verfahren bei Klagen um Pfand: der Beweis S. 392, das sonstige Verfahren S. 398.

D. Beendigung der Satzung.

Verabredung einer Resolutivbedingung oder eines Endtermins; insbesondere Todfate S. 398. Erlöschen des Satzungsrechts in Ermangelung einer Verabredung; insbesondere durch Einlösung S. 401, durch Verfall des Pfandes S. 401.

§. 8. III. Die Satzung als Anweisung von Exekutionsgegenständen . . . . . S. 402.

Die Satzung um (bekannte, gichtige) Schuld S. 402. Ihr Wesen als Konventionalarrest S. 403. Zeit und Ursachen des Aufkommens derselben S. 407. Rechtsquellen S. 408.

A. Voraussetzungen der Satzung.

Existenz eines Forderungsrechtes S. 409. Ein der Exekution unterliegender Gegenstand, insbesondere auch Mobilien S. 410 und Forderungsrechte S. 414. Abschluß des Pfandvertrags vor Gericht; weder Tradition noch Auflassung wesentlich S. 414; Bedeutung der gerichtlichen Form S. 418.

B. Wirkungen der Satzung.

1. Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner S. 421. Ausgeschlossen ist die Verweisung des Gläubigers auf andere Exekutionsgegenstände S. 423; Satzung von Grundstücken zu Kistenpfandesrecht S. 423. Ausgeschlossen ist das beneficium excussionis S. 424. Der Gläubiger giebt die Hyperocha heraus und kann den Defekt nachfordern S. 424. Einfluß des Zufalls S. 426.

2. Verhältniß des Pfandgläubigers und Verpfänders zum Pfande S. 427. Die Satzung bewirkt gleich der Pfändung und Fronung eine Beschränkung der Dispositionsbefugniß des Verpfänders in Betreff des Pfandes S. 429. Wirkung derselben gegen die Erben des Verpfänders S. 431. Der Pfandgläubiger hat nur sein Forderungsrecht, das im gewöhnlichen Prozeßgange verfolgt wird S. 433, kein dingliches Recht, keine Gewere am Pfande S. 437. Verfolgung des Forderungsrechts gegen den dritten Besitzer des Pfandes S. 441.

Digitized by Google

Vierter Abſchnitt.

Zuſammentreffen der Pfandrechte.

§. 9. . . . . S. 444.

Fälle des Zuſammentreffens mehrerer Pfandrechte an demſelben Gegenſtand; Ausſcheidung unächter Fälle S. 444. Relativität der Entſcheidung über den Vorzug unter den Pfandrechten S. 445. Prioritäts-Ordnung: I. Vorzug der Pfandgewere S. 446. II. Kollision von Gläubigern ohne Pfandgewere S. 448. 1. Vorzug des im Beſitz befindlichen Gläubigers S. 448. 2. Kollision von Gläubigern, deren keiner im Beſitze iſt S. 449. A. Privilegirte Gläubiger: a) Bevorzugte S. 450. b) Zurückgeſetzte S. 453. B. Gleichſtehende Gläubiger: Das Prinzip der Prävention S. 455. Das Prinzip der Vertheilung nach Markzahl S. 457. Entſtehung des letztern aus erſterem S. 458.

Schluß.

Ergebniſſe der Unterſuchung für das materielle Recht S. 460, für das Prozeßrecht S. 463.

Digitized by Google

Digitized by Google

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MÜNCHEN

Einleitung.

Wer die Lehre vom Pfandrechte nach heutigem gemeinem Rechte unterſucht, ſieht ſich genöthigt anzuerkennen, daß das römiſche Recht nicht die alleinige Grundlage derſelben bildet. Es giebt auch in dieſer Lehre vom römiſchen Rechte abweichende Rechtsſätze, deren Quelle eine gemeine deutſche Gewohnheit iſt und welche um dieſer Quelle willen als gemeinrechtlich zu bezeichnen ſind. Eine Darſtellung des Pfandrechts vom Standpunkte des heutigen gemeinen Rechts muß daher wie dem römiſchen ſo auch dem deutſchrechtlichen Beſtandtheil der Lehre gerecht werden und darf es nicht verſchmähen, auch in die Partikularrechte einzudringen, um durch Nachweiſung der gemeinrechtlichen Grundlage in den Beſtimmungen der Landesgeſetze und in den Aeußerungen des Gerichtsgebrauchs das Sonderrecht vom gemeinen Rechte zu ſcheiden.

So oft und ausführlich das römiſche Pfandrecht in Monographieen dargeſtellt worden iſt, ſo ſehr iſt die deutſchrechtliche Seite der Lehre vernachläſſigt. Auch die neueſte und beſte der vorhandenen Monographieen erſcheint nach dieſer Seite hin nicht befriedigend. Der Plan derſelben, das Pfandrecht „nach den Grundſätzen des heutigen römiſchen Rechts“ darzuſtellen, gab zur Erörterung des deutſchrechtlichen Beſtandtheils der Lehre inſofern Anlaß, als es ſich darum handelte, die Nichtanwendbarkeit römiſcher Rechtsſätze aus dem entgegenſtehenden deutſchen Rechte abzuleiten, und unter dieſem Geſichtspunkte iſt in der That das deutſche Pfandrecht an

Digitized by Google

mehreren Stellen berücksichtigt[1]). Allein es fehlt eine Darlegung des positiven Inhalts desselben, ohne welche auch seine negative Einwirkung auf das römische Recht mit einiger Bestimmtheit nicht festgestellt werden kann. Die Frage von der Aufnahme des römischen Pfandrechts in Deutschland und ihren Grenzen ist nicht einmal aufgeworfen. Der Streit über die Dinglichkeit des Pfandrechts wird aus Gründen entschieden, welche lediglich dem römischen Rechte entlehnt sind, ohne Rücksicht darauf, ob die einzelnen zum Beweise der Dinglichkeit in das Feld geführten Rechtssätze nach deutschen Gewohnheiten Geltung haben, und ob nicht die aus diesen Gewohnheiten erkennbare deutsche Auffassung des Pfandrechts für oder gegen die Dinglichkeit desselben entscheidet. Wo die deutschrechtliche Entwickelung des Pfandrechts berücksichtigt, z. B. die nach heutigem Rechte nöthige Mitwirkung des Richters beim Pfandverkaufe aus den Volksrechten oder Rechtsbüchern des Mittelalters abgeleitet oder der summarische Prozeß in Pfandsachen mit dem Pfändungsrechte in Verbindung gebracht wird, erscheint das deutsche Recht nur als entfernter geschichtlicher Hintergrund, nirgends aber zum dogmatischen Aufbau der Lehre für das Recht der Gegenwart verwendet.

Diese Bemerkungen haben keineswegs den Zweck, den Werth der erwähnten verdienstvollen Monographie herabzusetzen. Nach dem Stande der germanistischen Vorarbeiten konnte ein tieferes Eingehn auf den deutschrechtlichen Bestandtheil der Pfandrechtslehre füglich nicht erwartet werden. Nur deßhalb ist jener Schrift hier Erwähnung geschehn, um die Behauptung zu rechtfertigen, daß nach dem gegenwärtigen Stande der Rechtswissenschaft es nicht überflüssig ist, die Lehre vom Pfandrecht einmal vom germanistischen Standpunkte aus zu untersuchen.

Die Aufgabe, welche einer solchen Untersuchung zufällt, ist eine dreifache. Zuvörderst wird es sich darum handeln, den Rechtszustand darzustellen, welchen das eindringende römische Pfandrecht in Deutschland vorfand. Sodann muß untersucht

1) Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. II. 257 ff. 329 ff. 425 ff.

Digitized by Google

werden, in welchem Umfange das römische Pfandrecht aufgenommen, das einheimische beibehalten oder aus dem Zusammentreffen beider ein neues Recht hervorgegangen ist. Endlich werden die modernen deutschen Hypothekengesetze in Betracht zu ziehen und deren Verhältniß zu dem römischen und älteren deutschen Pfandrechte festzustellen sein.

Jeder Theil dieser dreifachen Aufgabe erheischt eine andere Methode der Darstellung. Was den ersten Theil derselben betrifft, so gilt es, die einzelnen Züge, welche in den Rechtsbüchern und Urkunden des dreizehnten, vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts zerstreut sind, zu einem Gesammtbilde zu vereinigen und mit gebührender Rücksicht auf die Sonderung der örtlich und zeitlich verschiedenen Quellen aus sich selbst zu erklären. In dem zweiten Theile der Untersuchung wird es sich zunächst darum handeln, das auf diesem Wege ermittelte rein deutsche Pfandrecht mit dem römischen zu vergleichen, um das Gebiet zu begrenzen, auf welchem das einheimische und fremde Pfandrecht sich im Widerstreit befanden; innerhalb dieses Gebietes ist sodann festzustellen, in welcher Weise die Ausgleichung des Gegensatzes durch die Land- und Stadtrechte, durch die Doktrin und die Erkenntnisse der Reichs- und Landesgerichte herbeigeführt worden ist. In dem letzten Theile der Untersuchung sind die neueren Hypothekengesetze im Anschlusse an das gemeine Recht nach denselben Grundsätzen zu behandeln, welche bei der Darstellung des gemeinen Strafrechts und Strafprozeßrechts hinsichtlich der partikulären Strafgesetzbücher und Strafprozeßordnungen zur Anwendung kommen.

Die Verschiedenheit der anzuwendenden Methode rechtfertigt eine äußere Trennung der einzelnen Abschnitte der Untersuchung. Die vorliegende Abhandlung greift den ersten Theil derselben an. Sie stellt sich die Aufgabe, *das deutsche Pfandrecht in der Gestalt darzustellen, zu welcher sich dasselbe ohne Einwirkung fremden Rechts aus sich selbst heraus vor der Aufnahme des römischen Rechts entwickelt hatte.*

Digitized by Google

Seit die Rechtswissenschaft in Deutschland überhaupt sich dem einheimischen Rechte zugewendet hat, ist auch das deutsche Pfandrecht oft zum Gegenstande der Untersuchung gemacht worden. Es bestätigt sich bei dieser Lehre, was von dem deutschen Privatrecht im Allgemeinen gesagt werden kann: das öffentliche Recht gab die erste Veranlassung, auf den privatrechtlichen Inhalt der einheimischen Rechtsquellen einzugehn. Bezüglich des deutschen Pfandrechts ergab sich eine solche Veranlassung durch die Reichs- und Territorialpfandschaften und die in Betreff derselben erlassenen Reichsgesetze.

Nachdem die Güter und Gerechtsame des Reichs im dreizehnten, besonders aber im vierzehnten Jahrhundert zum großen Theil an Reichsstände verpfändet worden waren, hatten diese ein starkes Interesse, sich den Besitz und Genuß ihrer Reichspfandschaften gegen Einlösung zu sichern. Die in viele Pfandbriefe aufgenommene Klausel, daß der Kaiser die Pfandschaft nur mit seinen eigenen und des Reiches Geldmitteln solle einlösen dürfen, schützte nicht mehr genügend gegen die Einlösung, als das Haus Habsburg-Oesterreich in eine finanzielle Lage gekommen war, welche die nöthigen Mittel zur Einziehung von Pfandschaften gewährt haben würde. Schon in die erste Wahlkapitulation [2]) wurde das Versprechen aufgenommen, daß der Kaiser den Reichsständen ihre Pfandschaften ohne alle Weigerung bestätigen und sie dabei handhaben, schützen und schirmen wolle. Diese in den folgenden Wahlkapitulationen [3]) wiederholte Zusicherung enthielt keineswegs einen Verzicht des Kaisers auf das Einlösungsrecht oder auf dessen Ausübung während der Dauer seiner Regierung [4]);

2) W. Kap. Karls V. Art. 4: sollen und wollen ..... die Churfürsten ... Fürsten, Grafen, Herren und Ständ bey ihren Hochheiten ... bleiben lassen .... und ihnen darzu ihre Regalien, Oberkeiten, Freyheiten, Privilegien, Pfandschafften und Gerechtigkeiten ... ohne alle Weigerung confirmiren und bestätigen, sie auch darbey als römischer König handhaben schützen und schirmen; doch männiglich an seinen Rechten unschädlichen.

3) W. Kap. Ferdinands I. Art. 3, Max. II. Art. 4, Rudolphs II. Art. 3, Matthias Art. 3, Ferdinands II. Art. 3.

4) *Limnaeus* Capit. Imp. 1651, annot. ad Capit. Carol. V. art. 4. p. 152.

Digitized by Google

allein die Reichsstände gaben ihr diese Auslegung. Nachdem Kaiser Ferdinand II. angefangen hatte, der entgegengesetzten Auslegung praktische Folge zu geben, indem er das Einlösungsrecht in Betreff einiger Reichspfandschaften an Dritte abtrat, welche sich durch Zahlung der Pfandsumme in den Besitz derselben setzten [5]), beriefen sich die Reichsstände für ihre Auslegung der Wahlkapitulation auf das Herkommen [6]). Sie erwirkten, nachdem die Wahlkapitulation Ferdinands III. [7]) von 1636 den vorhergehenden völlig gleichlautend abgefaßt worden war, im Westphälischen Frieden [8]) nicht allein die Festsetzung, daß für die Zukunft die Pfandinhaber im ruhigen Besitze ihrer Reichspfandschaften bleiben sollten, so lange nicht durch ein Reichsgesetz eine andere Bestimmung getroffen werde, sondern auch das Anerkenntniß, daß diese Festsetzung dem Inhalte der bestehenden Wahlkapitulation entspreche, mithin eine authentische Interpretation dieser und der früheren Wahlkapitulationen, kraft deren auch die Rückgabe der Pfandschaften verfügt wurde, welche Ferdinand II. hatte einziehen

5) Es handelte sich um eine der Reichsstadt Lindau verpfändete Vogtei, deren Einlösung dem Grafen von Montfort überlassen wurde, und um eine der Reichsstadt Weissenburg im Nordgau verpfändete Reichspflege, deren Einlösung dem Bischoff von Eichstädt gestattet wurde.

6) Dan. Heider, Gründl. Ausf. wessen sich des H. R. Reichs-Stadt Lindau ꝛc. Nürnb. 1643. S. 447: daß die Stände des Reichs solche pignoratitias confirmationes aus mitgefolgter observanz bisher dahin verstanden, daß sie den ohnwiederrüflichen allodial und feudal Regalien, Obrigkeiten und Privilegien, unter denen sie in confirmationibus promiscue gesetzet und erzehlet werden, bißfalls gleich zu achten und derentwegen von confirmirender Kayſ. Maj. selbst nicht zu reluiren oder wieder aufzuheben seynd.

7) W. Kap. Ferdinands III. Art. 3 bei Limnaeus p. 666.

8) I. P. O. V. §. 26: Quod ad oppignorationes Imperiales attinet, cum in capitulatione Caesarea dispositum reperiatur, quod electus Rom. Imp. Electoribus, Principibus caeterisque Statibus immediatis Imperii ejusmodi oppignorationes confirmare atque illos in earum tranquilla possessione defendere ac manutenere debeat: conventum est hanc dispositionem, donec consensu Electorum, Principum et Statuum aliter statutum fuerit, observandam esse atque *propterea* civitati Lindau necnon Weissenburgo in Noricis reddita sorte oppignorationes Imperiales ipsis ademtas illico et plenarie restituendas.

Digitized by Google

lassen. Diese Bestimmung des Westphälischen Friedens ist bis zur Auflösung des Reichs in Kraft geblieben. Die späteren Wahlkapitulationen stehen damit in Einklang; das Projekt einer beständigen Wahlkapitulation [9]) und die Kapitulationen der letzten Kaiser seit Karl VII. [10]) verweisen ausdrücklich auf die Bestimmung des Westphälischen Friedens.

Während in Betreff der Reichspfandschaften das Einlösungsrecht des Reichs zwar nicht aufgegeben, aber an eine Bedingung geknüpft wurde, welche voraussichtlich niemals in Erfüllung gehen sollte und in der That bis zur Auflösung des Reichs nicht in Erfüllung gegangen ist, wurde den Reichsständen, deren Besitzungen anderen Reichsständen verpfändet waren, das Recht der Einlösung im Westphälischen Frieden ausdrücklich vorbehalten und das jus reformandi derselben für den Fall der Einlösung der Pfandschaften geordnet [11]).

Indem die Publizisten diese reichsgesetzlichen Bestimmungen

---

9) Art. I. Neue Samml. der R. Absch. IV. 234: Pfandschafften secundum Instr. Pacis.

10) Zuerst in W. Kap. Karls VII. Art. X. §. 4. findet sich folgender Passus: Die Churfürsten, Fürsten und Stände bey denen ihnen verschriebenen und innhabenden Reichspfandschafften nach Maßgebung des *Instrumenti Pacis* ohne Wiederlösung und Wiederrufung zu schützen und ruhig dabey biß auf anderweite Vergleichung zwischen denen Röm. Kayfern und Reichsständen bleiben. Die folgenden W. Kap. wiederholen diesen Satz; z. B. W. Kap. Franz I. Art. X. §. 4, Franz II. Art. X. §. 4. Man kann hieraus nicht folgern, daß Karl VII. und die folgenden Kaiser sich des Einlösungsrechts in weiterem Umfange, als im Westphälischen Frieden geschehen, begeben haben.

11) I. P. O. V. §. 27: Quae vero bona Status Imp. sibi invicem pignoris jure ante hominis memoriam obligaverunt, in iis reluitioni aliter locus non detur, nisi possessorum exceptiones et merita causarum sufficienter examinentur. Quodsi bona ejusmodi durante hoc bello vel absque causae cognitione vel non soluta sorte ab aliquo occupata fuerint, una cum documentis statim plenarie prioribus possessoribus reddantur. Et si sententia reluitioni locum concedat inque rem judicatam transierit atque sorte numerata restitutio subsecuta fuerit, domino quidem directo liberum esse debet in hujusmodi terras oppignoratas ad se reversas suae religionis exercitium etc.

Digitized by Google

erörterten, wurden sie von selbst auf die Untersuchung des deutschen Pfandrechtes geführt. Die Fragen nach der Befugniß des Kaisers und der Landesherrn zur Verpfändung und zur Einlösung von Pfandschaften, sowie nach den Befugnissen der Pfandinhaber in den verpfändeten Territorien konnten nicht beantwortet werden, ohne daß man auf die Natur des Pfandvertrags und des durch denselben begründeten Rechtsverhältnisses einging.

Bis in die Mitte des achtzehnten Jahrhunderts war die Meinung vorherrschend, daß dem Pfandinhaber das Eigenthum an dem verpfändeten Gegenstande zustehe. Diese Meinung wurde in verschiedener Weise begründet. Die romanisirenden Juristen des sechszehnten und siebzehnten Jahrhunderts, Ulrich Zasius an der Spitze, verkannten oder verleugneten die Eigenthümlichkeit der deutschen Rechtsbildung und beurtheilten die Pfandschaften lediglich nach römischem Rechte; da aber unzweifelhaft der Pfandinhaber das Recht hatte, die Nutzungen der Pfandschaft zu beziehen, ohne zur Abrechnung derselben auf die Pfandschuld verpflichtet zu sein, so behandelte man den Pfandvertrag nicht als antichretischen Vertrag, sondern als Verkauf unter Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes[12]). Gegen Ende des siebzehnten Jahrhunderts, als man anfing, die Pfandschaften nach deutschen Rechtsquellen zu beurtheilen, glaubte man in Ssp. II. 24. §. 2. eine Bestätigung der Ansicht zu finden, daß das Eigenthum auf den Pfandinhaber übergehe, indem der Versatz daselbst unter den modus amittendi dominii angeführt sei. Zur Erklärung dieses Rechtssatzes wurden verschiedene Wege eingeschlagen.

Strauch[13]) erklärte den deutschen Pfandvertrag für ein

12) *Zasius* Cons. I. c. 12. nr. 11. (Opp. ed. Francof. 1590. T. VI. p. 42). Contractus, de quibus haec quaestio vertitur, non possunt dici pignorationes, licet forte ex communi usu loquendi ita nominentur, vulgo ein Pfandschafft. Is tamen usus loquendi est laicorum, qui inter nomen venditionis, ubi immobilia cum pacto retrovendendi venduntur, et inter nomen pignorationis non faciunt differentiam. Propter hoc tamen non est vera pignoratio, sed venditionis contractus remanet, quia sic possessor fructus non faceret suos. l. 1. 2. 3. Cod. de pign. act.

13) *Strauch* (resp. Broesigke) D. de oppignorationibus Imperialibus.

Digitized by Google

pactum fiduciae und wollte die Grundsätze des älteren römischen Rechts über die fiducia auf jenen angewendet wissen. Er trug kein Bedenken, aus der Bekanntschaft germanischer Volksstämme mit dem Codex Theodosianus und aus der Erwähnung des nexus fiduciae in Legg. Longobard. II. 15, 3. den Schluß zu ziehen, daß die germanischen Stämme schon zur Zeit der Völkerwanderung dieses Rechtsgeschäft dem damals geltenden römischen Rechte entlehnt hätten.

Dieser Ansicht im Uebrigen beipflichtend rügte Gundling[14]) den Irrthum Strauchs, daß der Gläubiger bei der römischen Fiducia die Früchte gewinne, ohne zur Rechnungsablage und Einrechnung derselben auf die Schuld verbunden zu sein; es könne daher nur behauptet werden, daß die deutsche Pfandschaft ungefähr (fere) der fiducia entspreche.

Der Vergleichung des deutschen Pfandvertrags mit dem pactum fiduciae und der geschichtlichen Ableitung des Erstern aus Letzterem trat Thomasius entgegen[15]), indem er zu der alten Auffassung desselben zurückkehrte. Vor der Aufnahme des römischen Rechts habe man zwischen der Verpfändung und dem Verkauf auf Wiederkauf keinen Unterschied gemacht, so daß der Vertrag, er mochte als Pfandvertrag oder Verkauf auf Wiederkauf bezeichnet sein, wesentlich dieselben Wirkungen hervorbrachte. Erst durch das römische Recht sei der Unterschied beider Geschäfte klar gestellt worden. Pfandverträge, welche vor der Aufnahme des römischen Rechtes abgeschlossen worden, seien wie Kaufverträge cum pacto de retrovendendo zu beurtheilen.

Die Ausführungen von Thomasius beseitigten die Anknüpfung

Jen. 1671. Auch in Strauch. Opusc. ed. Knorre 1729. Die Schrift ist nach dem Zeugniß von Hamberger in dessen Vita Strauchii von Letzterem selbst verfaßt.

14) *N. H. Gundling* (resp. Kuhnel) D. de jure oppignorati territorii sec. jus gent. et teuton. Hal. 1705. Auch in dessen Exercitt. acad. ed. Heineccius 1736.

15) *Thomasius* (resp. Bastineller) D. de usu practico accuratae distinctionis inter emtionem cum pacto de retrovendendo et contractum pignoratitium. Hal. 1707. 4

Digitized by Google

des Instituts an das pactum fiduciae, welche seitdem keinen Vertheidiger mehr fand. Auch der positive Theil seiner Ausführung gewann Anhänger[16]). Eine neue Ansicht stellte Senkenberg auf[17]), indem er dem Pfandgeber das Obereigenthum, dominium proprietatis, dem Pfandnehmer das Nutzeigenthum, dominium utilitatis, zuschrieb, mithin, in Gemäßheit der damals allgemein angenommenen Lehre vom getheilten Eigenthum, den Pfandinhaber für einen wirklichen Eigenthümer quoad usum erklärte. Auch diese Ansicht, für welche der Wortlaut des Westphälischen Friedens angezogen werden konnte[18]), fand Beifall[19]).

Die Lehre vom Eigenthum des Pfandinhabers, bald in der einen, bald in der andern Weise vorgetragen, blieb die herrschende bis um die Mitte des vorigen Jahrhunderts[20]). Indessen war schon früher gegen die Richtigkeit dieser Lehre von Einzelnen Widerspruch erhoben worden. Schilter[21]) bestritt, daß die Verpfändung an sich Eigenthum übertrage, und behauptete, daß diese Wirkung nur in Folge eines besonderen auf Eigenthumsübertragung gerichteten Vertrages eintrete. Wo ein solcher Vertrag vorliege, sei das Geschäft als Verkauf mit Vorbehalt des Wiederkaufsrechts aufzufassen und der Charakter desselben als Verpfän-

16) J. G. von Meinern Gedanken von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers, worinnen zugleich von der Eigenschaft des deutschen Pfandrechts gehandelt ... wird. 1733. 4. S. 24 bis 62.

17) *Senkenberg* (resp. Gaertner de Gruneck) D. judicem controversiae de reluitione oppignorati territorii excutiens. Giess. 1739. 4. §§. IX sq. Derselbe in Sel. juris et hist. IV. praef. p. 18. p. 166. 211.

18) Vgl. oben Note 11.

19) *Emminghaus* Comm. in jus Susat. 1755. 4. p. 114.

20) *Heineccius* Elem. jur. Germ. (ed. II. 1736) L. II. §§. 320 sq. *Ayrer* (resp. Lütjens) Comm. de differentiis juris Rom. et Germ. circa pignora. Goett. 1742. 4. (unbedeutend). *Engau* Elem. jur. Germ. civ. (1752) L. III. tit. 14. §. 160. *J. F. Eisenhart* Jnst. jur. priv. Germ. (1754) L. III. tit. 14. §. 1. Estor teutsche Rechtsgelahrth. (1758) II. §. 3988 ff. III. §. 3998.

21) *Schilter* Exerc. ad Pand. (ed. 1733). Exerc. XXXIII. §. IV. §. VI, unter Verweisung auf seine Abhandlung de pacto retroventionis, welche den dritten Theil seiner Praxis artis analyt. in jurispr. Jen. 1678. 8. p. 165 sq. bildet.

Digitized by Google

dung verwischt. Ausführlich vertheidigte sodann Potgieser[22]) die Ansicht Schilters unter Benutzung eines ansehnlichen Urkundenapparats in einer mehr breiten als scharfen Darstellung. Größeren Eindruck als diese Schrift machte eine zu demselben Ergebniß gelangende Abhandlung von Riccius[23]). Sie bekämpfte die Lehre vom Uebergang des Eigenthums auf den Pfandinhaber mit kritischer Schärfe, indem sie nachwies, daß die Volksrechte das Eigenthum dem Verpfänder zuschreiben, was schon früher Polac dargelegt hatte[24]), daß die Rechtsbücher dem Verpfänder das Eigenthum nicht absprechen und namentlich Ssp. II. 24. §. 2. nicht vom Verluste des Eigenthums handelt, endlich daß die Urkunden schon vor der Aufnahme des römischen Rechts zwischen Verpfändung und Verkauf auf Wiederkauf unterscheiden und insbesondere eine Verwandelung des erstern Geschäfts in das letztere erwähnen[25]).

Seit der Abhandlung von Riccius gewann die Ansicht, welche das Eigenthum des Pfandinhabers leugnete, die Majorität. Schon 1777 verkündigte Kind den Sieg derselben: nemo fere hodie contrariae sententiae existit defensor[26]). Gleichwohl fanden sich noch bis in das neunzehnte Jahrhundert hinein Anhänger der alten Ansicht[27]), bis endlich die entgegengesetzte Meinung zur Alleinherrschaft gelangte[28]).

---

22) *Potgieser* Tr. de indole et natura pignoris quoad jus gentium, jura et consuetudines Germ. Marb. 1722. 4. Vgl. namentlich p. 130 sq. p. 205 sq.

23) *Riccius* Doctrinae de dominio pignoris Germ. in creditorem translato examen polemicum. Gothae 1746. 4.

24) *Polac* Syst. jurispr. civ. Germ. antiquae. Lips. 1738. 4. p. 100.

25) Einen Auszug aus der Schrift von Riccius giebt Förster in Zeitschr. für d. R. IX. 101.

26) *Kind* Vindiciae feudi pignoratitii. Lips. 1777. §. 2.

27) *Puetter* Elem. jur. Germ. (1748) §. 607 sq. *Hackeman* (resp. Orlich) D. de dom. translat. in pign. Germ. Francof. cis Viadr. 1763. 4. (meint, wenigstens nach dem Recht einiger deutscher Stämme, besonders der Sachsen, habe der Pfandnehmer das Eigenthum erlangt, §§. IX—XIV). *Walch* (resp. Sievert) de contractu pignorat. Hamburg. Jen. 1769, in dessen Opuscula III. p. 42. 53. *Schott* Opusc. jurid. Lips. 1770. 8.

Digitized by Google

Die Ausbeute, welche die Literatur dieser Kontroverse gewährt, ist nicht hoch anzuschlagen, abgesehn von dem Urkundenschatze, der besonders in den Abhandlungen von Senkenberg, Potgieser und Riccius mit großem Fleiße zusammengebracht worden ist. Keine der angeführten Schriften verbreitet sich über das gesammte Gebiet des Pfandrechts. Ueberall ist nur von dem auf Vertrag beruhenden Pfandrechte die Rede. Indem man bei der Untersuchung nur die Reichs- und Territorialpfandschaften im Auge hat, bleibt das ausschließlich dem Privatrecht angehörige Pfandgeschäft des bürgerlichen Verkehrs unbeachtet. Das Mobiliarpfandrecht wird nur nebenbei in unbefriedigender Weise, die Verpfändung von Immobilien ohne Besitzübergabe gar nicht erörtert, obwohl auf das Vorkommen des letzteren Geschäfts im ältern deutschen Rechtsleben von Einigen [29]) aufmerksam gemacht worden war. Und selbst auf dem Felde, auf welchem die Streitfrage sich bewegt, ist das Ergebniß ein negatives, die Nichtanerkennung des ehemals behaupteten Eigenthums des Pfandinhabers.

Ein deutlicheres und vollständigeres Bild von dem Institute zu gewinnen und dasselbe in den Rahmen des ältern deutschen Rechtes an seiner Stelle einzufügen, gelang erst dann, als das Studium der älteren Rechtsquellen durch Eichhorn von Neuem belebt und erweitert worden war. Eichhorn selbst hat die Erkenntniß des deutschen Pfandrechts unmittelbar nicht gefördert. Seine Aeußerungen über diesen Gegenstand [30]) sind so wenig

p. 296 ff. *Henne* Progr. de dominio pignoris Germ. in creditorem translato. Erford. 1773. 4. (eine werthlose Einladungsschrift, welche auf drei Blättern das römische und deutsche Pfandrecht abfertigt). Danz Handbuch des heut. d. P. R. (Ausg. 2. 1800) II. S. 256. 347.

28) Vgl. *Selchow* Elem. jur. priv. Germ. hod. (ed. I. 1757) §. 457 der sechsten Ausgabe. J. F. Runde Grundsätze des gem. d. P. R. (Erste Ausgabe 1791) §. 221. *Goede* Jus germ. priv. (1806) §. 175. ignorirt die Streitfrage als abgethan.

29) v. Meinern a. a. O. S. 55. Gildemeister Abh. aus dem Handfesten- und Pfand-Rechte der Reichsstadt Bremen. 1794. S. 69.

30) Eichhorn St. und R.G. I. §. 61, II. §. 361 a; Einl. §. 121. §. 188.

Digitized by Google

bestimmt, daß er bald als Anhänger[31]), bald als Gegner[32]) der alten Ansicht vom Eigenthum des Pfandinhabers angeführt wird. Es war Albrecht[33]) vorbehalten, auch in dieser Lehre als Reformator aufzutreten und der Forschung die Bahn anzuweisen, welche sie bis jetzt eingehalten hat. Sein Verdienst ist es namentlich, zuerst hervorgehoben zu haben, daß das deutsche Recht lange vor der Aufnahme des römischen Rechts aus sich selbst heraus zu einem der römischen Hypothek ähnlichen Pfandrechte ohne Besitzübertragung gelangt war[34]).

Ausgehend von der Annahme, daß das Pfandrecht kein Eigenthum gewährt, folglich die Pfandgewere von der Eigenthumsgewere verschieden ist, gelangt Albrecht zur Unterscheidung zwischen dem Pfandrecht an fahrender Habe, bei welcher neben der Pfandgewere des Pfandbesitzers das Eigenthum des Verpfänders ohne Gewere besteht, und dem Pfandrecht an Immobilien, bei welchen die Pfandgewere des Pfandnehmers und die Eigenthumsgewere des Verpfänders zugleich stattfindet. Das Pfandrecht an fahrender Habe kann durch Vertrag und durch gerichtliche Pfändung entstehn, setzt (in beiden Fällen?) Uebertragung des Besitzes auf den Gläubiger voraus und gewährt kein Gebrauchsrecht, aber das Distraktionsrecht; wie die gerichtliche Pfändung wirkt auch die gerichtliche Arrestanlegung, aber erst nach Verlauf eines gewissen Zeitabschnittes. Das Pfandrecht an Immobilien zerfällt in zwei Arten, die ältere Satzung, bei welcher das Pfand dem Pfandnehmer übergeben wird, und die neuere Satzung, bei welcher der Besitz auf den Pfandnehmer nicht über-

31) Z. B. von Albrecht Gewere N. 326, Hillebrand Lehrb. des D. P. R. Aufl. 2. S. 330.

32) Z. B. von *Maurenbrecher* D. de culpa 1827. p. 69.

33) Albrecht Die Gewere 1828. S. 130 bis 157. Wie sehr durch diese Darstellung die bis dahin übliche Lehre vom deutschen Pfandrecht umgestaltet worden ist, erhellt besonders deutlich, wenn man damit eine andere Darstellung desselben aus der unmittelbar vorhergehenden Zeit zusammenhält, etwa Spangenberg Die Lehre vom Urkundenbeweise 1827. Abth. I. S. 401.

34) Noch Runde Grds. des gem. D. P. R. §. 221. sagt: Hypotheken waren vor Einführung des römischen Rechts den Deutschen nicht einmal bekannt.

Digitized by Google

tragen wird. Die ältere Satzung gewährt dem Pfandnehmer das Recht des Gebrauchs und Fruchtgenusses, aber kein Distraktionsrecht; die neuere Satzung gewährt kein Gebrauchs- und Fruchtgenußrecht, aber das Distraktionsrecht. Die neuere Satzung beruht auf einer Fortbildung der älteren Satzung und erscheint als eine verfeinerte Form derselben. Beide entstehen (nur?) durch Vertrag mittels Auflassung.

Dieser Darstellung Albrechts schließen sich die späteren Schriftsteller fast ohne Ausnahme an[35]). Nur einzelne Fragen aus der Pfandrechtslehre sind weiter untersucht und zum Abschlusse gebracht oder doch der Spruchreife näher geführt worden.

Die von Madai[36]) wieder angeregte alte Streitfrage über das Eigenthum des Pfandinhabers durfte nach den Erwiederungen Budde's[37]) als für immer beseitigt betrachtet werden. Indessen hat Rückert[38]) dieselbe wieder aufgenommen, indem er in der geschichtlichen Entwickelung des deutschen Pfandrechts drei Stufen unterscheidet; auf der ältesten Entwickelungsstufe, auf welcher noch der Sachsenspiegel stehe, erscheine das Pfandrecht als ein der fiducia des römischen Rechts ähnliches Institut, von ihr nur dadurch verschieden, daß das Eigenthum des Pfandschuldners ipso jure wieder aufleben kann; aus dieser Satzung auf Treue, welche mit der Belehnung auf Treue zu vergleichen sei, habe die

---

35) Mittermaier Grdſ. des gem. D. P. R. I. §. 260. Maurenbrecher Lehrb. des heut. gem. D. R. Aufl. 1. I. §§. 288. 293. (Aufl. 2. I. §. 300). Gerber System des D. P. R. §. 149. Hillebrand Lehrb. des heut. gem. D. P. R. (Aufl. 2) §. 99. Gengler Lehrb. des D. P. R. I. §. 65. Beseler System des gem. D. P. R. II. §. 95. Walter D. R. Gesch. II. §. 550. §. 568 ff. Bluntschli D. P. R. §. 99. §. 102. Schulte Lehrb. der D. R. Gesch. §. 159.

36) Madai Die Satzung des ältern deutschen Rechts in Zeitschr. f. D. R. VIII. 284. Ihm scheint Zöpfl D. R. G. Aufl. 3. §. 124. a. zu folgen. Auch Phillips Grundſ. des gem. D. P. R. Aufl. 3. II. §. 108. ist noch dieser Ansicht.

37) Budde Das Verhältniß der ältern deutschen Satzung zum Eigenthum in Zeitschr. f. D. R. IX. 411.

38) Rückert Unterſ. über das Sachenrecht der Rsbb. 1860. S. 116—128.

Digitized by Google

f. g. ältere Satzung als zweite, und aus dieser die f. g. neuere Satzung als dritte Form der Verpfändung sich entwickelt.

Besonders lebhaft ist die Haftung des Pfandbesitzers für den Zufall erörtert worden, welche bald geleugnet [39]), bald vertheidigt [40]) wird.

Endlich haben einige Untersuchungen, welche sich über andere Theile des älteren deutschen Privatrechts erstrecken, auch die Lehre vom Pfandrecht in einigen Beziehungen gefördert [41]).

Der Stillstand, welcher in den Arbeiten über das deutsche Pfandrecht seit einigen Jahrzehnten eingetreten ist, könnte die Meinung hervorrufen, daß die bisher gewonnenen Resultate so sicher und befriedigend seien, daß es einer erneuerten Untersuchung im Ganzen nicht bedürfe. Tritt man aber denselben im Einzelnen prüfend näher, so begegnen bei jedem Schritte Fragen, auf welche die bisherige Lehre die Antwort schuldig bleibt, Voraussetzungen, die ohne Beweis aus dem römischen Rechte in das deutsche hineingetragen sind, und Annahmen, gegen deren Richtigkeit mindestens erhebliche Bedenken obwalten.

Ungelöst, noch nicht einmal aufgeworfen ist die Frage, ob die verschiedenen Fälle, auf welche Rechtsquellen und andere Urkunden den Namen Pfand anwenden, auf ein einziges Rechtsinstitut zurückzuführen sind, für welches ein gemeinsamer Grundbegriff und gemeinsame Rechtsregeln aufgestellt werden können.

Unklar ist nach den bisherigen Forschungen das Verhältniß des Pfandrechts zum Forderungsrechte. Darüber, daß das Pfandrecht die Sicherstellung eines Gläubigers wegen der Berich-

39) Förster Die Verantwortlichkeit des Satzungsgläubigers in Zeitschr. f. D. R. IX. 101.

40) Stobbe Zur Gesch. des deutschen Vertragsrechts. 1855. S. 251.

41) Namentlich: Wyß Gesch. des Concursprozesses der Stadt und Landschaft Zürich S. 66. und Zeitschr. f. schweiz. R. IX. 24 ff. Arnold Zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten. 1861. S. 125 ff. Neumann Geschichte des Wuchers in Deutschland. 1865. S. 180 ff. Lewis Die Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers. 1864. S. 101 ff. Platner Der Wiederkauf in Zeitschr. f. R. G. IV. 130. 153 ff.

Digitized by Google

tigung seiner Forderung bezwecke, also die Existenz eines Forderungsrechtes voraussetze, scheint unter den Germanisten ohne Ausnahme Einverständniß obzuwalten[42]). Indessen ist diese Annahme überall nicht aus den Quellen begründet, sondern als eine aus dem natürlichen Wesen des Pfandrechts sich ergebende, selbstverständliche hingestellt. Da man aber zahlreichen Urkunden über Pfandgeschäfte begegnet, welche ein Schuldverhältniß nicht voraussetzen, so ist es unvermeidlich zu erörtern, ob nicht das deutsche Recht von einem andern, weiteren Pfandbegriffe ausgehe, als das römische. Gesetzt, daß diese Erörterung zu dem Ergebnisse führte, auch das deutsche Pfandrecht habe eine dadurch zu sichernde Forderung zur wesentlichen Voraussetzung, so würde die weitere Frage entstehn, ob das Verhältniß beider Rechte zu einander ebenso, wie im römischen Recht geschieht, zu bestimmen sei. Während es Schriftsteller giebt, welche in dieser Beziehung einen Unterschied zwischen dem deutschen und römischen Pfandrechte nicht anerkennen, wenigstens nicht hervorheben[43]), sprechen Andere dem deutschen Pfandrechte den accessorischen Charakter bei der sog. älteren Satzung[44]) oder auch bei der neueren Satzung von Immobilien[45]) oder überhaupt[46]) ab. Die Anhänger der Meinung, welche den accessorischen Charakter des deutschen Pfandrechts leugnet, sind unter einander nicht einig darüber, wie das Verhältniß des Pfandrechts zum Forderungsrechte zu denken sei. Entweder wird angenommen, daß das Forderungsrecht durch Pfandbestellung erlischt, indem dieselbe wie eine Hingabe an Zahlungsstatt die Befriedigung des Gläubigers bewirkt, unbeschadet der Befugniß des Schuldners, durch Leistung des ursprünglichen Schuldgegenstandes die Befriedigung des Gläubigers

42) Eichhorn Einl. §. 121. Albrecht Gewere S. 143. Homeyer Ssp. II. 2. S. 347. Gerber System §. 149. und Jahrbb. für Dogm. VI. 278. Gengler Lehrb. S. 271. und Rg. S. 359. Hillebrand D. P. R. §. 99. Walter Rg. §. 568. Stobbe Vertr. S. 115 u. A. m.

43) Z. B. Gerber System §. 149.

44) Albrecht Gewere S. 146.

45) Beseler System II. S. 138.

46) Maurenbrecher Aufl. 1. §. 288. §. 293. Aufl. 2. §§. 300. 301.

Digitized by Google

in anderer Weise unter Einlösung des Pfandes herbeizuführen[47]). Oder man nimmt an, daß das Forderungsrecht gegen den Schuldner durch den Pfandvertrag zu einem Forderungsrechte gegen die verpfändete Sache einschwindet und mit dem an dieser Sache bei der älteren Satzung dem Pfandgläubiger zustehenden Besitz- und Nutzungsrechte zu einem einzigen, der Reallastberechtigung vergleichbaren Rechte verschmilzt[48]). Oder man faßt das Forderungsrecht und das Pfandrecht als zwei nebeneinander bestehende Rechte auf, welche nicht in dem Verhältnisse von Hauptrecht und Nebenrecht, sondern unabhängig von einander nur insofern im Zusammenhang stehn, als beide auf dasselbe Endziel, die Befriedigung des Gläubigers, sich richten und mit Erreichung dieses Ziels beide erlöschen[49]).

Was ferner das Verhältniß des Pfandnehmers zum Pfande betrifft, so erheben sich Bedenken gegen die von Albrecht aufgestellte und seitdem allgemein angenommene Ansicht, daß die ältere und neuere Satzung als ein und dasselbe Rechtsinstitut erscheinen, welches dort in seiner ältern und roheren, hier in seiner jüngern verfeinerten Gestalt auftrete. Diese Bedenken richten sich nicht etwa gegen die Annahme, daß die jüngere Satzung ein bereits vor der Aufnahme des römischen Rechts entwickeltes rein deutsches Institut ist; die ehemals allgemeine und noch jetzt hier und da[50]) auftauchende Meinung, daß sie unter dem Einfluß

47) So denken die Sache: Maurenbrecher a. a. O.; Brackenhoeft in Falcks Neuem Staatsb.-Magazin Band IV. S. 232; Beseler a. a. O. bei der älteren Satzung; Meibom im Jahrb. von Bekker und Muther IV. 451; Lewis a. a. O. S. 111.

48) Diese Auffassung verficht Wyß Gesch. des Zürich. Concursproz. S. 66. und Zeitschr. f. schweiz. R. IX. 24. Er findet das Wesen des deutschen Pfandrechts darin, daß „die Schuld, welche Pfandrecht an einem Grundstück erhalten soll, auf dieses letztere gesetzt, geschlagen, somit zu einer Art von Reallast gemacht und damit zugleich eine Wirkung verbunden wird, welche dem ertheilten Rechte die Fähigkeit verschafft, auch Sicherheit für die Forderung zu geben". Ein ähnlicher Gedanke scheint Platner Bürgschaft S. 104. vorgeschwebt zu haben.

49) So Beseler a. a. O. S. 139. in Betreff der neuern Satzung.

50) Z. B. bei Kuntze in seiner Ausg. von Holzschuher Theorie u. Cas. II. 616.

Digitized by Google

des römischen Rechts entstanden sei, bedarf nicht mehr einer Widerlegung. Ebensowenig ist zu bestreiten, daß ein geschichtlicher Zusammenhang zwischen der ältern und jüngern Satzung besteht; sie verhalten sich, wie Arnold zeigt[51]), ähnlich zu einander, wie die Erbleihe zum Rentenkauf. Dagegen muß wie bezüglich der letzteren beiden Institute so auch bezüglich der beiden Arten der Satzung Widerspruch gegen die Behauptung erhoben werden, daß sie „für den, der durch die Formen des Rechts den Inhalt durchsieht" ursprünglich geradezu identisch erscheinen. Der durch die Rechtsformen durchscheinende Inhalt des Geschäfts, worunter doch wohl der wirthschaftliche Gehalt desselben verstanden wird, ist bei der älteren Satzung ein anderer, als bei der jüngern. Gewährte die ältere Satzung dem Pfandnehmer regelmäßig das Recht, die Nutzungen der verpfändeten Sache ohne Abrechnung derselben auf die Pfandsumme zu beziehen, so übertrug sie sofort einen Werth in das Vermögen des Pfandnehmers, welcher einen Gewinn oder eine Entschädigung für das Entbehren der Pfandsumme darstellte, wogegen die neuere Satzung ihm nur Sicherheit für einen Werth gab, welcher künftig in sein Vermögen übertragen werden sollte. Gesetzt aber auch, die ältere und neuere Satzung könnten unter dem wirthschaftlichen Gesichtspunkte identifizirt werden, so würde daraus noch keineswegs die rechtliche Identität folgen, da demselben wirthschaftlichen Zwecke verschiedene Rechtsinstitute dienen können. Wenn die ältere Satzung das Recht des Besitzes, Gebrauchs und Fruchtgenusses, aber kein Distraktionsrecht, die jüngere Satzung umgekehrt Distraktionsrecht, aber kein Recht auf den Besitz, Gebrauch und Fruchtgenuß gewährte, so liegt die Frage nahe, worin denn überhaupt die Identität beider Institute sich gezeigt habe. Man antwortet: im Namen, in der Entstehung durch Auflassung, in der Gewere des Pfandnehmers, in der Unzulässigkeit einer anderweiten Satzung vor Beseitigung der frühern[52]). Diese Gründe sind offenbar nicht genügend, die behauptete Identität zu rechtfertigen. Der

51) Arnold a. a. O. S. 134.

52) Albrecht a. a. O. S. 148.

Digitized by Google

Name Satzung wird freilich auf beide Geschäfte angewendet, beweist aber nicht ihre innere Uebereinstimmung; er wird auch von andern Geschäften gebraucht, nicht blos von der mit der Verpfändung verwandten Bürgschaft, sondern auch von Geschäften, welche mit der Verpfändung gar nicht verwandt sind[53]). Ob auch bei der neuern Satzung die Auflassung angewendet wurde und der Pfandnehmer die Pfandgewere erlangte, bedarf erst der Untersuchung[54]); wäre es aber auch anzunehmen, so würde daraus die Identität der ältern und neuern Satzung nicht zu folgern sein, denn diese Merkmale theilen sie mit andern Rechten an fremder Sache, die mit der Satzung nicht verwandt sind, z. B. dem Lehn, der Erbleihe, dem Leibgeding. Aus demselben Grunde kann daraus, daß das einmal durch Satzung begründete Recht durch eine anderweite Satzung nicht geschmälert werden darf, ein Beweisgrund für die Identität beider Arten der Satzung nicht entnommen werden. Man kann also mit Grund nicht sagen, daß die ältere und neuere Satzung ein und dasselbe Rechtsinstitut seien. Es ist daher auch nicht zulässig, die von der ältern Satzung geltenden Rechtssätze, abgesehen von denjenigen, welche sich auf den Besitz, die Nutzung und die Distraktion des Pfandes beziehen, ohne Weiteres auf die neuere Satzung zu übertragen. Wenn aber letztere nicht auf das Institut der ältern Satzung zurückzuführen ist, so bedarf es der Untersuchung, in welcher andern Weise sie entstanden sei.

Die herrschende Ansicht betrachtet den Pfandvertrag und die richterliche Pfändung als verschiedene Entstehungsgründe eines und desselben Rechtsverhältnisses. Diese dem römischen Recht entlehnte Annahme ist unbewiesen; es wäre denn, daß man den

53) Z. B. a) bei einem letztwilligen Geschäft; Urk. 1361 bei Schöttgen et Kreysig Diplomat. I. p. 62, worin dem St. Lorenzkloster im Murgthal ein halbes Pfund Wien. Pfenn. gegen die Verpflichtung, den Jahrtag mit einer Seelmesse zu begehen, geschaffet wird und *gesatzt* an nutz und an gewer ... *in aigens gewer*. b) Bei der Leihe; Urk. 1402 bei Haltaus s. v. setzen: *locavit*, vulgariter hat *gesetzt*. c) Bei der Bürgschaft: Rupr. 75. porgen setzen; Keyß. R. II. 110. lute versetzen, Richtst. Ldr. 9. tum veften.

54) Vgl. unten §. 8.

Digitized by Google

Beweis schon dadurch erbracht glaubte, daß die Namen pignus, phant auf beide Fälle angewendet werden. Da es sehr wohl denkbar ist, daß das Gesetz oder Gewohnheitsrecht der Wegnahme von Exekutionsgegenständen zur Befriedigung des Gläubigers andere Wirkungen beimißt, als der vertragsmäßigen Verpfändung, namentlich im letztern, aber nicht im ersteren Falle dem Gläubiger ein dingliches Recht am Pfande zuschreibt, so bedarf es der Untersuchung, von welcher Ansicht das ältere deutsche Recht in dieser Hinsicht ausgeht. Hierbei wird auch zu erörtern sein, was die bisherigen Untersuchungen unentschieden lassen, ob durch richterliche Pfändung auch an Immobilien ein Pfandrecht entstehn konnte; ob der im Prozesse eintretenden richterlichen Pfändung die ohne Prozeß stattfindende obrigkeitliche Pfändung gleichstand, was das dadurch begründete Recht am Pfande betrifft; endlich ob ein Gleiches auch von der Privatpfändung anzunehmen ist. Was die letztere betrifft, so findet sich in der trefflichen Abhandlung von Wilda über das Pfändungsrecht eine Lücke, indem daselbst das durch die Pfändung entstehende Recht des Pfandnehmers am Pfande nach älterem deutschem Rechte nicht genügend erörtert ist[55]).

Im Vorstehenden sind die Hauptfragen bezeichnet, welche die nachfolgende Abhandlung zu beantworten versucht. Zur Lösung derselben stehen keine anderen Mittel zu Gebote, als die Zeugnisse der Rechtsbücher und die über wirkliche Pfandgeschäfte aufgenommenen Urkunden. Bei der Auswahl unter denselben in örtlicher und zeitlicher Hinsicht war der oben angedeutete Zweck der Abhandlnng maßgebend. Sie bezweckt keine Geschichte des Pfandrechts, am wenigsten eine solche, welche über das Rechtsgebiet hinausgehend auch die wirthschaftliche Seite des Pfandgeschäfts in Betracht zöge. So wünschenswerth eine Arbeit dieser Art für die Geschichte des Privatrechts und des Geldverkehrs erscheint, so ist es doch nicht der historische, sondern der juristische Standpunkt, auf welchen die vorliegende Arbeit sich stellt.

55) Wilda in Zeitschr. f. D. R. I. 219. 313 ff.

Digitized by Google

Von diesem Standpunkte aus beschränkt sich die Darstellung auf diejenigen Quellen, welche Deutschland angehören, und verzichtet auf eine Vergleichung mit dem altfranzösischen, englischen und skandinavischen Rechte, so anziehend diese Erweiterung der Untersuchung sein würde. Von den deutschen Rechtsquellen wurde keine für ausgeschlossen erachtet, nur nöthigte die Fülle der Stadtrechte dazu, vorzugsweise die wichtigeren Mutterrechte ins Auge zu fassen[56]). Durch Beschränkung der Untersuchung auf ein kleineres Gebiet oder eine einzelne Stadt wären vielleicht bestimmtere Resultate zu erzielen gewesen. Gleichwohl wurde eine allgemeine einer lokalisirten Untersuchung vorgezogen, weil es sich darum handelte, eine gemeinrechtliche Grundlage für die deutschrechtlichen Bestandtheile des heutigen Pfandrechts zu ermitteln oder festzustellen, daß eine solche sich nicht ermitteln lasse. Die benutzten Urkunden gehören verschiedenen Gegenden Deutschlands an. Vorzugsweise sind fränkische, namentlich hessische, obersächsische und niedersächsische, namentlich mecklenburgische Urkunden benutzt worden.

Von dem oben bezeichneten Standpunkte aus erschien es genügend, das Pfandrecht in derjenigen Gestalt darzustellen, welche es zur Zeit der Aufnahme des römischen Rechts gewonnen hatte. Die Darstellung gründet sich daher auf Rechtsbücher und Urkunden des dreizehnten, vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts. Indessen war es nothwendig, auch ältere Rechtsquellen heranzuziehen und hierbei zuweilen die eben gezogene geographische Grenze zu überschreiten, um den Rechtszustand des spätern Mittelalters aus seinen Anfängen zu erklären.

Citirt werden: die Volksrechte nach den Monumenta Germaniae Legg. Tom. III. und nach den Merkel'schen Ausgaben, das longobardische Recht nach dem durch Neigebaur veranstalteten

56) Die namentlich im §. 8. benutzten bisher ungedruckten Auszüge aus dem Rostocker Stadtbuche sind dem Verfasser durch die Güte des Herrn Dr. Mann, früheren Rathssyndikus, jetzigen Oberappellationsgerichtsraths in Rostock, zugänglich geworden. Ueber das Rostocker Stadtbuch vgl. Mecklenb. Urkundenbuch Bd. I. (1863) Vorrede S. XLIV.

Digitized by Google

Abdruck der Ausgabe von Baudi a Vesme, die übrigen Volksrechte nach Walters Corpus juris Germanici; der Sachsenspiegel nach der Homeyer'schen (das Landrecht nach der dritten), der Schwabenspiegel nach der Laßberg'schen, das Bayrische Landrecht und das Augsburger Stadtrecht nach der Freyberg'schen Ausgabe; das Sächsische Weichbildrecht nach Daniels und Gruben, die Magdeburger Fragen nach Behrend. Die übrigen Citate bedürfen keiner Erklärung.

Digitized by Google

Erſter Abſchnitt.

Begriff und Arten des Pfandrechts.

§. 1.

Das deutſche Recht kannte vor der Aufnahme des römiſchen Rechts zwei Arten von Pfändern: das genommene und das gegebene oder geſetzte Pfand.

Die Pfandnahme oder Pfändung[1]) beſtand in der Wegnahme von Sachen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers. Sie zerfiel in die gerichtliche und Privatpfändung, je nachdem ſie von dem Gläubiger ſelbſt oder auf Antrag deſſelben von dem Gerichte, welchem der Schuldner unterworfen war, vorgenommen wurde. Letztere fand nach vorausgegangenem Prozeſſe als Exekutionsmittel oder beim Beginn des Prozeſſes als Arreſtmittel ſtatt. In der Mitte zwiſchen der gerichtlichen und Privatpfändung ſtand diejenige Pfändung, welche von Obrigkeiten gegen Untergebene oder von Genoſſenſchaften gegen die ihr angehörigen Genoſſen zur Beitreibung herrſchaftlicher oder genoſſenſchaftlicher Abgaben und Leiſtungen angewendet wurde[2]).

Die Pfandſetzung oder Satzung[3]) beſtand immer in

1) pandinge, z. B. Lüb. R. (Hach III) 323; phandunge, z. B. Schwſp. 68. (Gengler). Statt panden, phenden kommt auch vor pfandschaft tun, z. B. Weisth. II. 267, Jemanden verphenden, vgl. unten §. 8. Note 7.

2) Die Belege in §§. 2 bis 5.

3) In Norddeutſchland die weibliche Form satzung, sattunge, settinghe, sate, zete, in Süddeutſchland die männliche Form satz, virsatz. Ueber

einem Vertrage zwischen dem Pfandgeber und Pfandempfänger; der Inhalt des Vertrags konnte aber verschieden sein. Entweder wurde das Pfand mit der Verabredung gesetzt, daß es zur Strafe verfallen solle, falls eine gewisse Bedingung eintrete, namentlich falls ein gegebenes Versprechen nicht erfüllt werde. Oder das Pfand wurde mit der Verabredung übergeben, daß der Pfandempfänger die Substanz oder die Nutzung desselben als Aequivalent für eine von ihm dem Pfandgeber gezahlte Geldsumme oder geldwerthe Leistung erhalten, das Pfand aber zurückgeben solle, wenn der Pfandgeber dasselbe durch Rückerstattung der empfangenen Geldsumme oder sonstigen Leistung einlöse. Oder das Pfand wurde in der eben bezeichneten Weise, aber mit der weitern Verabredung gesetzt, daß die von dem Pfandempfänger gegebene Geldsumme durch die von ihm zu beziehenden Nutzungen des Pfandes nach und nach abgetragen, nach Abtrag derselben aber das Pfand zurückgegeben werden solle. Oder ein Schuldner setzte dem Gläubiger das Pfand mit der Verabredung, daß Ersterer sich durch Veräußerung des Pfandes bezahlt machen dürfe, wenn er nicht rechtzeitig befriedigt werde [4]).

Für die Frage, ob Pfändung und Satzung ein einziges oder verschiedene Rechtsinstitute sind, ist die Thatsache bedeutungsvoll, daß der deutsche Sprachschatz zur Bezeichnung des Pfandes zwei Worte besitzt, von welchen dem ursprünglichen Sinne nach das eine auf das genommene, das andere auf das gesetzte Pfand sich bezieht: Pfand und Wedde, pfandschaft [5]) und wetteschaft [6]), beide auch in der Zusammensetzung mit Schatz, d. i. geldwerthes Gut [7]) vorkommend, pfandschatz [8]) und weddeschat [9]).

---

letztere Form vgl. z. B. Urk. 1379 bei Senkenberg Sel. IV. 217, Urk. 1415 bei Schöttgen et Kreysig Dipl. I. 76, Haltaus s. v. satz.

4) Die Belege in §§. 6 bis 8.

5) Z. B. Schwsp. 168. Rupr. 109. Schwäb. Lehnr. 94. b. Bayr. L. R. 238. (Freyberg IV. 467). Weisth. II. 4.

6) Magd. R. für Görlitz §. 73. (Gaupp 295) §. 74. (Schott I. 71): wetteshaft.

7) Ueber die Bedeutung von schatz vgl. Boehlau de salin. jure reg. p. 16. Andere Zusammensetzungen: copschat (im Landfr. 1379 bei Datt de

Digitized by Google

Das Wort Wedde, goth. vadi, ahd. wetti, mhd. wette, wedde ſtammt nach Beuecke[10]) und Weigand[11]) von der Wurzel ich wite, ahd. witu, goth. vida, d. h. ich binde zuſammen, joche, verknüpfe, worauf auch das latiniſirte wadium, wadia zurückzuführen iſt[12]). Dieſe Abſtammung weiſt auf ein Rechtsgeſchäft hin, durch welches eine Verbindlichkeit begründet wird. Wedde oder wadium bezeichnet bald das Rechtsgeſchäft ſelbſt, bald das Zeichen, welches zur Anerkenntniß der Perfektion deſſelben gegeben und genommen wird, bald die daraus entſpringende Verbindlichkeit, bald das zur Sicherung der Erfüllung derſelben geſetzte Pfand.

Das Wort Pfand, ahd. pant, phant, fant[13]), mhd. phant, pfant iſt nach Beuecke[14]) und Weigand[15]) mit Wahrſcheinlichkeit auf das altfranz. paner, provenz. panar zurückzuführen. Paner, panar bedeutet rauben, wegnehmen, insbeſondere etwas wegen einer Schuld nehmen[16]). Daher iſt le pan, latiniſirt pannus, pannum, ein weggenommenes, abgeriſſenes Stück, insbeſondere ein wegen einer Schuld weggenommenes Vermögens-

---

pace publ. 39. chaufmanſchatz), brutſchat, mundſchatz, vogtſchatz, grafenſchatz, ehrſchatz, haubetſchatz (Weisth. II. 5), ſleſchatz (Schlagſchatz von der Münze, Boehmer Cod. Moenofranc. I. 721) u. a. m.

8) Urk. 1335 bei Wyß Zürich. Conc. Proz. 63.

9) Z. B. Lüb. R. II. 146, Braunſchw. R. §. 32. §. 53. (Gengler St. R. 39). In Urk. 1272 (Wippermann Reg. Schaumburg. nr. 183) findet ſich die Form wedeſchacht.

10) Mittelhochd. Wörterb. herausg. von Müller und Zarncke III. 776.

11) Schmitthenner Deutſches Wörterb. umgearb. von Weigand Aufl. 3. 1862. s. v. Gage.

12) Den Zuſammenhang zwiſchen wadium und franz. gage weiſt Renaud Zeitſchr. für Rechtsw. und Geſetzg. des Auslands XXI. 317. durch die Uebergangsformen guadium, guatgium, wage nach. Gegen die Ableitung von vas, vadimonium ſ. auch Zöpfl R. G. Aufl. 3. S. 837.

13) Im Lüb. Hamb. R. 357. (Hach III) findet ſich want.

14) a. a. O. II. 477.

15) a. a. O. S. 364.

16) *Raynouard* Lexique roman. T. IV. p. 409: *panar* = voler, ravir, dérober. . . Dans l'ancien français *paner* a signifié saisir, prendre des gages.

Digitized by Google

stück[17]). Ebenso hat das Wort Pfand bald die weitere Bedeutung von Stück (portio, segmentum), z. B. Deichpfand, das einem einzelnen Deichbaupflichtigen zum Bau zugewiesene Stück des Deiches, Fraispfand, das zum Beweise von dem Körper eines Entleibten genommene Leibzeichen[18]); bald hat es die engere Bedeutung eines dem Schuldner wegen seiner Schuld abgenommenen Vermögensstücks. Auch das Wort pfänden kommt sowohl in der weitern als engern Bedeutung vor[19]). Die älteste Rechtsquelle, in welcher das Wort Pfand vorkommt, ist die der Lex Frisionum wahrscheinlich im Jahr 802 angehängte Additio Sapientum. Hier wird dasselbe sehr bestimmt nur auf das genommene pignus bezogen und dem freiwillig gegebenen pignus gegenübergestellt:

tit. VIII. §. 1. Si quis *in pignus susceperit* aut servum ....

§. 2. Si vero quislibet servum *per vim sustulit pignoris nomine* quod *pant* dicunt ...[20]).

In dem germanischen Worte, welches dem romanischen pan entspricht und durch pant verdrängt wurde, nämlich ahd. nâma, mhd. nâme[21]), ist die ausschließliche Beziehung auf das genommene Pfand noch bestimmter erkennbar.

Der ursprüngliche Unterschied zwischen den Worten Pfand und Wedde ist im spätern Mittelalter nicht festgehalten worden. Man wendete den erstern Ausdruck auch auf den Fall des Vertrags an und unterschied nun Pfand nehmen und Pfand setzen[22]),

17) *Du Cange* Glossar. ed. Henschel T. V. s. v. *pannus* = portio, segmentum, vulgo pan; *pannum* = vadium, pignus. Auf der erstern Bedeutung beruhen die panni cappales, Kaplaken, vgl. Allg. D. Handelsgesetz §. 513. 622.

18) *Haltaus* Glossar. s. v. frais-pfand.

19) Siegel Ger.-Verf. I. 36, 55 unterscheidet unter Berufung auf L. Bajuw. XII. 1. §. 1. die Pfändung zu Eigen und zu Pfandrecht.

20) Legg. III. 694. Vgl. *Richthofen* not. 58. ad h. loc. Auch das Wort gafan in Ed. Roth. 247. scheint auf Pfändung sich zu beziehen; vgl. Stobbe Vertr. 154.

21) Grimm R. A. 619. Wilda in Zeitschr. f. D. R. I. 181. Benecke a. a. O. II. 369.

22) Es heißt bald pand setten, z. B. Richtst. Ldr. 49. §. 5, bald

pfänden und verpfänden [23]), notpfant und gebepfant [24]). Man wendete das Wort Wedde zuweilen, jedoch selten, auch auf genommene Pfänder an [25]). Diese Verschmelzung des Sinnes beider Worte wurde dadurch begünstigt, daß der lateinische Ausdruck pignus die Fälle der Pfandnahme und vertragsmäßigen Verpfändung zugleich umfaßte; die sprachliche Identifizirung beider Fälle konnte leicht aus der lateinischen in die deutsche Geschäftssprache, aus dieser in die Volkssprache übergehn. Wenn nun auch später die sprachliche Unterscheidung zwischen Pfand und Wedde verwischt worden ist, so bestand sie doch anfangs. Hierdurch wird es von vornherein wahrscheinlich, daß die Rechtsverhältnisse, welche durch Pfändung und Satzung entstanden, ursprünglich nicht als identisch angesehen wurden.

Diese Annahme gewinnt an Wahrscheinlichkeit, wenn man den Gang der Rechtsbildung in Beziehung auf die Pfändung und Satzung im Allgemeinen überblickt.

Die Pfändung besteht in einem Eingriff in das Vermögen des Schuldners, welcher ohne oder gegen des Letzteren Willen nöthigenfalls zwangsweise vorgenommen wird. Die Voraussetzungen, unter welchen ein solcher Angriff zulässig ist, und das dabei zu beobachtende Verfahren können nicht nach dem Willen der Betheiligten bestimmt werden; denn eine Uebereinkunft derselben ist nicht vorhanden, und das einseitige Belieben des Gläubigers oder des Schuldners kann nicht maßgebend sein. Es sind daher Rechtsregeln über die Pfändung unentbehrlich; zu den ersten unabweislichen Erfordernissen einer beginnenden Rechtsordnung gehören neben Normen über den Umfang der Verbindlichkeiten,

pandes vorsetten, z. B. Richtsteig Lhnr. 17, 19, bald seczen czu phande, z. B. Verm. Ssp. I. 48, 4, bald loven tu pande, z. B. Richt. Ldr. 9.

23) Vgl. unten §. 8. Note 7.

24) Grimm R. A. 618. Benecke a. a. O. II. 478.

25) Ssp. Extravag. 52. Magd. R. für Görlitz §. 73. (Gaupp 295). Das Zeitwort wedden im Sinn von pfänden ist nicht nachzuweisen, wohl aber wadiare; Handfeste von Freiburg 1249. §. 73. (Gaupp St. R. II. 96), Urk. 1254 bei Haltaus s. v. pfand-pfennige.

Digitized by Google

welche durch Delikte oder Rechtsgeschäfte entstehn, auch Normen darüber, wie die Erfüllung solcher Verbindlichkeiten zu erzwingen ist. Ueber die Frage, ob die Pfändung gerichtlich oder außergerichtlich vorzunehmen sei, über das Verfahren bei der Pfändung und die Wirkungen derselben enthalten schon die ältesten germanischen Rechtsquellen Rechtsregeln; die fränkische und deutsche Reichsgesetzgebung griff ordnend ein, und es giebt kaum eine erhebliche deutsche Rechtsquelle, welche nicht über diese Rechtsfragen Bestimmungen enthielte.

Die Satzung dagegen beruht auf Uebereinkunft der Betheiligten. Das dadurch entstehende Rechtsverhältniß gelangt bei einem normalen Verlaufe gar nicht zur Kognition des Gerichts. Entsteht darüber ein Rechtsstreit, so ist der Inhalt des Vertrags maßgebend; das Geschäft des urtheilenden Gerichts besteht zunächst darin, aus den beiderseitigen Behauptungen und Beweisen zu entnehmen, was verabredet sei, und nur ergänzend entscheidet dasselbe, was Rechtens sei, wenn die Betheiligten beim Vertragsschluß eine Frage offen gelassen haben. Unter diesen Umständen waren Rechtsregeln über die Satzung ziemlich entbehrlich und vorzugsweise bei solchen Fragen erforderlich, welche die Vertragsschließenden nicht voraus zu bedenken und zu ordnen pflegen, z. B. wer den Schaden zu tragen habe, wenn das Pfand zufällig untergehe oder wenn ein lebendes Pfand einen Schaden stifte. Hieraus erklärt es sich, daß über die Satzung in den ältern Rechtsquellen nur wenige Rechtsregeln aufgestellt werden und die fränkische oder deutsche Reichsgesetzgebung nirgend eingriff, obwohl aus beiläufigen Aeußerungen der Volksrechte[26]) und Kapitularien[27]), sowie aus Formeln[28]) sich ergiebt, daß der Pfandvertrag nicht unbekannt war.

26) Vgl. unten §. 6. Note 1, 2, 3. Im longobardischen Recht wird der Pfandvertrag unter dem Namen fiducia erwähnt; Roth. 174, Liutpr. 58.

27) Vgl. unten §. 7. Auch das kanonische Recht erwähnt frühe den Pfandvertrag, namentlich der Beschluß des Concil. Remense vom Jahr 630 in cap. 1. X. de pign. (3, 21).

28) *Rozière* Form. P. I. p. 466. nr. 374. (Marculf. Alpp. 50), 375. (Andeg. 22), 376. (Sirm. 13) 377.

Digitized by Google

Es ist von vornherein unwahrscheinlich, daß Pfändung und Satzung sich in organischem Zusammenhange als ein einziges Rechtsinstitut entwickelt haben. Jene als einseitiger Eingriff in ein fremdes Vermögen und diese als Vertrag mußten sich dem einfachen Rechtsgefühl als ganz verschiedene, nicht zusammengehörige Akte darstellen. Jene zu regeln, erheischte das allgemeine öffentliche Interesse, da außergerichtliche Pfändungen den Landfrieden gefährdeten und gerichtliche Pfändungen einen Theil des öffentlichen Gerichtsverfahrens bildeten; die Satzung dagegen berührte nur das Interesse der Vertragschließenden und konnte wie andere Geschäfte des Privatverkehrs der vertragsmäßigen Regelung durch die Betheiligten überlassen bleiben. Die Rechtsregeln über die Pfändung trugen einen imperativen Charakter, indem sie einerseits dem Schuldner die Verpflichtung auferlegten, einen Eingriff in sein Vermögen zu dulden, andererseits der Befugniß zu diesem Eingriff gewisse Schranken zogen; die Rechtsregeln über die Satzung dagegen hatten einen interpretativen Charakter, indem sie die ausdrücklichen Verabredungen im Pfandvertrage durch Sätze ergänzten, welche als dem Rechtsverhältnisse angemessen oder üblich stillschweigend von den Vertragschließenden gewollt erschienen. Bei dieser Grundverschiedenheit der Pfändung und Satzung ist die Zusammenfassung derselben zu einem einzigen Rechtsinstitut für das ältere deutsche Recht so wenig glaublich, wie die Identität der pignoris datio und pignoris capio nach älterem römischem Rechte[29]).

Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde die Entwickelung des Pfandrechts nur so gedacht werden dürfen, daß zunächst das Recht der Pfändung und dann erst im Anschluß an dieses das Recht der Satzung ausgebildet worden sei. Denn wenn auch nach den urkundlichen Quellen Pfandsetzungen eben so früh wie Pfändungen vorgekommen zu sein scheinen, so entstanden doch Rechtssätze über letztere früher und vollständiger als über erstere.

29) Dernburg I. 47.

Digitized by Google

Was die bisherigen Erwägungen wahrscheinlich machen, findet man bestätigt, wenn man den Inhalt der Rechtssätze über die Pfändung und Satzung vergleicht. Es findet sich keine Uebereinstimmung in den Grundgedanken, daher manchfache Verschiedenheit in Einzelfragen. Dies nachzuweisen wird die Aufgabe der folgenden Abschnitte sein. An dieser Stelle wird es genügen, auf die in zwei Beziehungen hervortretende fundamentale Verschiedenheit vorläufig hinzuweisen.

1. Eine Pfändung ist nicht denkbar ohne ein Forderungsrecht, dessen Realisirung durch die Pfandnahme sicher gestellt und herbeigeführt werden soll. Dies gilt auch von der Privatpfändung; es ist nicht zu billigen, wenn Wilda[30]) das Pfändungsrecht wegen Schuld, wegen Zinsen und wegen Schadensstiftung unterscheidet; denn auch in den beiden letzten Fällen handelt es sich um eine Schuld. Die Satzung dagegen setzte ein Forderungsrecht nicht voraus. Bestand sie darin, daß ein Pfand mit der Verabredung gesetzt wurde, es solle beim Eintritt einer gewissen Bedingung zur Strafe verfallen sein[31]), so konnte die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit als die Bedingung aufgestellt sein, deren Eintritt die Verwirkung des Pfandes nach sich ziehe; es konnte aber auch eine andere Bedingung aufgestellt sein, wie auch im römischen Recht die Konventionalstrafe nicht blos zur Bestärkung von Verbindlichkeiten, sondern auch als ein selbstständiges bedingtes Versprechen vorkommt. Bestand die Satzung darin, daß ein Pfand mit der Verabredung übergeben wurde, die Substanz oder die Nutzung desselben solle dem Pfandempfänger als Aequivalent für die von ihm gezahlte Pfandsumme zustehn, das Pfand aber zurückgegeben werden, wenn der Pfandgeber dasselbe durch Rückzahlung der Pfandsumme einlöse[32]), so konnte der Vertrag in dem Sinne geschlossen sein, daß der Pfandgeber verpflichtet sein solle, auf Verlangen des Pfandempfängers die Pfandsumme

30) Zeitschr. f. D. R. I. 190. 209. 227.
31) Vgl. unten §. 6.
32) Vgl. unten §. 7.

Digitized by Google

zurückzuzahlen; es konnte aber auch die Uebereinkunft dahin geschlossen sein, daß dem Pfandgeber nur die Befugniß der Einlösung zustehen solle, in welchem Falle von einem Forderungsrechte des Pfandempfängers gegen den Pfandgeber überall keine Rede war.

2. Die Satzung begründete ein Recht des Pfandempfängers am Pfande, welches, wenn man römische Vorstellungen einmischen darf, als ein dingliches Recht an fremder Sache zu bezeichnen ist; sie gewährte demselben die Gewere. Die Pfändung dagegen begründete weder ein dingliches Recht des Gläubigers am Pfande, noch die Gewere desselben; erlangte er letztere später durch einen anderweiten gerichtlichen Akt, so hatte er doch nicht immer ein dingliches Recht am Pfande; seine Distraktionsbefugniß beruhte auf einer ihm vom Gericht ertheilten Vollmacht, anstatt des Schuldners das Pfand zu veräußern.

Die Verbindung der Pfändung und Satzung wurde schon vor der Aufnahme des römischen Rechts dadurch herbeigeführt, daß eine Art von Satzung üblich wurde, welche sich enge an die Pfändung anschloß. Diese Pfandsetzung, welche man die neuere Satzung nennen kann, weil sie später in Gebrauch kam, als die übrigen Arten der Satzung, bestand darin, daß der Schuldner dem Gläubiger das Pfand als Exekutionsobjekt anwies, so daß dieselben Wirkungen eintraten, welche eingetreten sein würden, wenn derselbe Gegenstand im Exekutionsverfahren gepfändet worden wäre [33]). Dies Rechtsgeschäft hatte mit den übrigen Arten der Satzung die Entstehung durch Vertrag, mit der Pfändung die Wirkungen gemein. Es ist gerechtfertigt, diese Art der Satzung mit der Pfändung zu einem einzigen Rechtsinstitute zusammenzufassen. Das Rechtsverhältniß, welches dadurch entstand, war in beiden Fällen das nämliche und nur der Entstehungsgrund verschieden.

Will man einen Pfandrechtsbegriff aufstellen, welcher die Pfändung und alle Arten der Satzung umfaßt, so wird das

33) Vgl. unten §. 8.

Digitized by Google

Pfandrecht zu bestimmen sein als ein Recht, welches Jemandem an Bestandtheilen des Vermögens eines Andern zu dem Zwecke eingeräumt wird, ihm Sicherheit dafür zu gewähren, daß in sein Vermögen ein bestimmter Werth aus dem Vermögen des Andern oder eines Dritten werde übertragen werden. Diese Definition ist noch weiter, als diejenige, welche Dernburg[34]) vom „Pfandrechte im weitern Sinne" nach römischem Rechte aufstellt, um einen auch die Fiducia einschließenden Begriff zu gewinnen; der Unterschied besteht darin, daß hier nicht ein rechtliches, sondern ein wirthschaftliches Moment, nämlich nicht die Realisirung eines Forderungsrechtes, sondern die Uebertragung eines bestimmten Werths in das Vermögen des Pfandempfängers als der Endzweck bezeichnet wird, dessen Erreichung das Pfandrecht sichern soll.

Uebrigens ist es richtiger, von der Aufstellung eines allgemeinen Pfandrechtsbegriffs für das deutsche Recht abzusehn. Es würde dadurch eine theoretische Abstraktion in dasselbe hineingetragen, von welcher die Quellen keine Spur enthalten. Daß für die Pfändung und Satzung der gemeinsame Name Pfand üblich geworden ist, beweist noch nicht die Aufstellung eines gemeinsamen Pfandrechtsbegriffs; sonst müßte auch die Bürgschaft, die Stellung von Geiseln und die Verpflichtung zum Einlager unter diesen Begriff gebracht werden, weil auch auf diese Rechtsverhältnisse der Name wadium und Pfand angewendet wurde[35]).

Die Quellen gebrauchen den Ausdruck pandes recht, satzes recht[36]), um die Rechtsregeln über Pfandrecht zu bezeichnen. Pfandrecht im Sinne von Berechtigung findet sich zur Bezeichnung der Befugniß zu pfänden und ein Pfandgeld zu beziehen[37]),

34) a. a. O. I. 96.

35) Daß umgekehrt obstagium im Sinne von Pfand auf Sachen angewendet wurde, zeigt Gaupp St. R. II. 158. Note 1.

36) Vgl. unten §. 3. N. 109. gefarn als pandes recht ist; ebenso §. 5. N. 94. Urk. 1415 bei Schöttgen et Kreysig Dipl. I. 76: als satzes und landes recht ist ... in dem land ze Steir.

37) Richtst. Lbr. 42. §. 2: vorsede eme ein pant unde pandes recht mit gewalt. Frankenb. Gew. (Schmincke Mon. Hass. 752) den sal he

Digitized by Google

nicht aber zur Bezeichnung des aus der Pfändung oder Satzung entspringenden Rechts am Pfande.

Erscheinen Pfändung und Satzung als verschiedene Rechtsinstitute, so ist es nothwendig, sie bei der Darstellung des Pfandrechts zu sondern. Es ist daher den folgenden Abschnitten die Unterscheidung zwischen dem genommenen und gesetzten Pfande zum Grunde gelegt worden. Was das erstere betrifft, so spaltet sich die Pfändung je nach dem Subjekte, von welchem sie vorgenommen wird, in die obrigkeitliche und die Privatpfändung, die erstere aber wiederum je nach dem zur Anwendung kommenden Verfahren in die prozessuale und nicht prozessuale, oder wie man auch sagen kann in die gerichtliche und administrative Pfändung. Wäre die herrschende Lehre zu billigen, daß in den Urzeiten einem jeden Gläubiger die Befugniß zur eigenmächtigen Pfändung seines Schuldners zugestanden habe, so würde im Anschlusse an die geschichtliche Entwickelung von der Privatpfändung auszugehen und von dieser zu der obrigkeitlichen Pfändung als einer spätern Entwicklungsstufe überzugehen sein. Es ist aber umgekehrt die letztere zum Ausgangspunkte gewählt worden, weil, wie unten nachzuweisen ist[38]), in Deutschland, so weit die urkundlichen Nachrichten sich erstrecken, die gerichtliche Pfändung als das regelmäßige Mittel der Zwangsbeitreibung und die Privatpfändung als eine nur in bestimmten Fällen zugelassene Ausnahme sich darstellt. Was die Satzung betrifft, so muß sich die Darstellung nach dem Inhalt des Pfandvertrags gliedern. In der Aufeinanderfolge, in welcher die unter dem Namen des Pfandvertrags zusammengefaßten Rechtsgeschäfte im Verkehre üblich geworden

---

tzuchtlichin phenden unde en nicht .. slan, tud he das, so verluszit he sin phantrecht. Weisth. II. 394. dem foerster vor sein pfandrecht geben 1½ alb. Gl. zu Weichb. 46: is were denne, das er (der Richter) mete phanden ginge, zo hette er phantrecht, unde anders nicht. (Daniels und Gruben 366).

38) Vgl. unten §. 5.

Digitized by Google

sind, ist die Satzung als Strafgeding, als Tauschgeschäft und als Anweisung von Exekutionsgegenständen zur Sicherstellung des Gläubigers zu erörtern.

In Ansehung des Gegenstandes kann man das Pfandrecht an Personen und an Sachen unterscheiden.

Nicht blos Unfreie konnten wie andere Vermögensobjekte von dem Herrn verpfändet [39]) oder ihm abgepfändet [40]) werden; auch Freie waren Gegenstand des Pfandrechts in Folge einer Satzung oder Pfandnahme. Die Ergebung eines Freien in Unfreiheit, obnoxiatio, konnte nicht blos auf Lebenszeit, sondern auch auf kürzere Dauer stattfinden, namentlich pfandweise so lange, bis ein Lösegeld bezahlt oder eine Schuld abverdient oder sonst abgetragen sei. Dies Geschäft wurde als eine Verpfändung der eignen Freiheit, des »status ingenuitatis« aufgefaßt [41]), wie die unbeschränkte Ergebung in Unfreiheit als Verkauf der Freiheit angesehen wurde [42]). Es galt auch als zulässig, die Freiheit theilweise zu verpfänden, so daß der Verpfänder nur eine gewisse Anzahl von Tagen in jeder Woche als Unfreier diente [43]). Die fränkischen Kapitularien kennen und gestatten dies Rechtsgeschäft, welches auch sie als Verpfändung, in wadium (pro wadio) se dare, donare, tradere, auffassen [44]); sie verbieten nur, daß ein Christ einem Juden als Pfand übergeben werde [45]). Die Wirkungen einer obnoxiatio konnten auch zwangsweise herbeigeführt werden, wenn der Schuldner nicht genügendes Vermögen hatte,

39) Vgl. unten §. 7.

40) L. Alam. Hloth. II. 89. §. 1. (Legg. III. 77). L. Fris. Add. Sap. VIII. §. 1. (ib. III. 694) Ed. Rothar. 252. Liutpr. 110.

41) Form. 371. (Rozière I. 465 = Andegav. 37) .. accepi .. in argento uncias tantas. *In loco pignoris emitto vobis statum meum* medietatem, ut in unaquisque septemana ad dies tantis .. operem .. facere debiammus.

42) Form. 44. 45. 46. (Rozière I. 70 = Sirmond. 10, Andegav. 19, 25).

43) Form. 44. l. c.: integrum statum meum; Form. 371. l. c. statum meum medietatem.

44) Cap. 803. c. 8. (Legg. I. 114) u. a. m.

45) Cap. 814. c. 2. (Legg. I. 194). Ueber den Grund „ne deterior fiat" vgl. Helfferich in Zeitschr. f. R. G. II. 417.

Digitized by Google

um den Gläubiger zu befriedigen. Nach germaniſcher, namentlich fränkiſcher Sitte wurde der inſolvente Schuldner vom Gericht dem Gläubiger überantwortet, der hierdurch freie Verfügung über ſeine Perſon und ſein Leben erlangte [46]). Die Kirche dagegen mißbilligte die Schuldknechtſchaft [47]). Dem Einfluſſe derſelben iſt es zuzuſchreiben, daß die fränkiſche Reichsgeſetzgebung [48]), wenn ſie auch nicht entſchieden der alten Rechtsſitte entgegentrat, doch hervorhob, daß die Schuldknechtſchaft nur bis zur Bezahlung der Schuld dauere, wodurch das Recht des Gläubigers den Charakter eines Pfandrechts erhielt, ſo daß nunmehr eine willkürliche Dispoſition des Gläubigers über Leben und Leib des Schuldners ausgeſchloſſen war. Zugleich gingen die fränkiſchen Reichsgeſetze wie es ſcheint von der Anſicht aus, daß das Gericht dem Schuldner die Freiheit nicht nehme, ſondern nur einen indirekten Zwang anwende, um ihn zur Ergebung in die Schuldknechtſchaft zu veranlaſſen; daher die immer wiederkehrenden Ausdrücke: *studeat* debitor semetipsum in wadium dare, *liceat* ei semetipsum in wadium mittere, in wadio pro servo semetipsum *donet;* daher auch die Bezeichnung des Schuldknechts als wadium, welches Wort das geſetzte Pfand bezeichnete. Beſtimmter ſpricht das bayriſche Volksrecht aus, daß ein Schuldner abgeſehen von einem crimen mortale die Freiheit nicht verlieren ſoll: nisi ex spontanea voluntate alicui (se) tradere voluerit [49]). Durch außergerichtliche Pfandnahme konnte ein Freier niemals

46) L. Sal. LVIII; über die Auslegung der Schlußworte de vita sua conponat vgl. Waitz Das alte Recht der Sal. Franken S. 178. Cap. Chilper. c. 7. (Legg. II. 11).

47) P. Gregor III. a. 736. in c. 2. X. de pignor. (3, 21).

48) Cap. 779. c. 19. (Legg. I. 38), 803. c. 3. (ib. 117), 811, c. 3. (ib. 169), 832. c. 30. (ib. 364), 856. c. 12. (ib. 443).

49) L. Bajuw. VI. 3, 1. Sie erſetzt die Schuldknechtſchaft durch die Vorſchrift, daß der Schuldner die Schuld abverdienen ſoll: per singulos menses vel annos quantum lucrare quiverit persolvat cui deliquit, donec debitum universum restituat, l. c. II. 1. (Legg. III. 282). Damit ſcheint Schwſp. 304. b. und Augsb. St. R. 139. (Freyberg) im Zuſammenhang zu ſtehn.

Digitized by Google

in Schuldknechtschaft gerathen, auch nicht unter den Voraussetzungen, unter welchen sonst die Privatpfändung zugelassen wurde[50]) Auch in den Rechtsbüchern und Stadtrechten des spätern Mittelalters wird der Schuldknecht als Pfand des Gläubigers betrachtet[51]). Eine vollständige Darstellung des deutschen Pfandrechts müßte daher auch die Schuldknechtschaft umfassen, und nur im Zusammenhange mit jenem wird diese befriedigend darzustellen sein. Nach dem Plan der vorliegenden Abhandlung, das deutsche Pfandrecht insoweit zu untersuchen, als es zur Erklärung des heutigen gemeinen Rechts dienlich ist, bleibt das Pfandrecht an Personen im Folgenden unerörtert.

Das Pfandrecht an Sachen, einschließlich der unkörperlichen, ist verschieden, je nachdem es bewegliche oder unbewegliche Sachen zum Gegenstande hat[52]). Unter den Mobiliarpfändern werden die leblosen und lebenden unterschieden und die erstern Kistenpfänder, Schreinpfänder[53]), beschlozzene pfant[54]), liegende pfande[55]), die letztern essende Pfänder[56]) genannt, unter dem Ausdrucke aber

50) L. Bajuw. IV. 25. (Legg. III. 293). L. Burg. Gundeb. XIX. 4. (ib. 541).

51) Esp. III. 39. §. 2. Dsp. 272. Hamb. R. 1270. IX. 13. Lüb. R. 228. (Hach II).

52) Die Namen Pfand und Wedde (Weddeschat) werden auf beide Klassen angewendet. Z. B. Hamb. R. 1270. I. 14. pant geset, is sy erve ofte ander pant; Kulm III. 105. phandes helfen tzu erbe ader tzu varender habe; Lüb. R. 146. (Hach II) is it up erve, so is it weddeschat; sint it oc kledere oder anders weleker hande ghut, so is et oc weddeschat; Braunschw. R. §. 53. (Gengler St. R. 40) erve gut to weddeschatte, dat sal he halden 7 weken; anderen weddeschat, dat man bringen mach von ener ware in de anderen, dat sal man 14 nacht halden.

53) Albrecht Gew. R. 270 n.

54) Augsb. R. (Freyberg 40, 131).

55) Weisth. I. 326. §. 7. 436. 695. Frankenberg R. (Schmincke Mon. Hass. 739. 740). Grimm R. A. 618. Ebenso pignus jacens im Ulmer R. §. 33. (Gengler St. R. 504).

56) Im eigentlichen Sinne. *Thomasius* D. de diff. int. emt. cum pacto de retrov. et contr. pign. p. 13. nimmt den Ausdruck dagegen bildlich: „pignora voracia vel si mavis cancrina, die wie der Krebs um sich fressen", nämlich durch die Kosten des Unterhalts die Schuld vermehren.

Digitized by Google

pande de men floten edder foeren mach[57]), pfant die man getreiben oder getragen mag[58]), beide Arten von Mobiliarpfändern begriffen. Seit dem Vorgange Albrechts[59]) iſt es üblich, bei der Darſtellung des deutſchen Pfandrechts die Eintheilung in Mobiliar- und Immobiliarpfandrecht zum Grunde zu legen. Wo es ſich, wie in der Schrift Albrechts, nur darum handelt, das Pfandrecht in ſeiner Beziehung zur Gewere zu erörtern, iſt dieſe Anordnung völlig gerechtfertigt. Wo es ſich aber darum handelt, die Pfandrechtslehre an und für ſich darzuſtellen, kann jener Eintheilung nur eine ſekundäre Bedeutung beigemeſſen werden. Es kommt zunächſt die Scheidung zwiſchen dem genommenen und geſetzten Pfande, ſodann erſt bei beiden Arten die Scheidung zwiſchen dem Mobiliar- und Immobiliarpfande in Betracht. Der Grund, weßhalb dieſe Untereintheilung nöthig erſcheint, iſt ein anderer bei der Pfändung als bei der Satzung. Dort beruht die Nothwendigkeit der Unterſcheidung zwiſchen Mobilien und Immobilien darauf, daß bei gerichtlicher Pfändung das Verfahren des Gerichts ein anderes iſt, je nachdem bewegliche oder unbewegliche Sachen in Pfand genommen ſind, der außergerichtlichen Pfändung aber überhaupt nur Mobilien unterliegen. Hier liegt der Grund der Unterſcheidung theils darin, daß der in Betreff der Gewere überhaupt obwaltende Unterſchied zwiſchen beweglichen und unbeweglichen Sachen auch bei der Pfandgewere ſich geltend macht, theils darin, daß die materiellen Rechte des Pfandempfängers am Pfande ungleich ſind, je nachdem die Satzung bewegliche oder unbewegliche Sachen zum Gegenſtande hat.

Man kann endlich in Anſehung des Pfandbeſitzes zwei Arten des Pfandrechts unterſcheiden, je nachdem dem Berechtigten der Beſitz des Pfandes eingeräumt iſt oder nicht. Ein eigner Ausdruck zur Bezeichnung des Pfandes, deſſen Beſitz dem Pfandempfänger übertragen iſt, fehlt der ältern Rechtsſprache. Da

57) Brem. Ord. 51. (Pufendorf II. App. p. 88, Oelrichs S. 97).
58) Bayr. L. R. 233. (Freyberg IV. 465).
59) Vgl. oben S. 12.

Digitized by Google

letzterer thatsächlich das Pfand meistens im Besitz hatte, so bezeichnete das Wort Pfand vorzugsweise im engern Sinne das zum Pfandbesitz übergebene Pfand. Dagegen ist der Ausdruck Faustpfand, Handpfand, handhabendes Pfand der Rechtssprache des Mittelalters fremd und erst nach Aufnahme des römischen Rechts[60]) wie es scheint als Uebersetzung von pignus[61]) aufgekommen. Zur Bezeichnung des im Besitze des Verpfänders verbliebenen Pfandes diente der Ausdruck Unterpfand[62]), subpignus[63]), d. i. ein Pfand, welches der Pfandempfänger unter (hinter) dem Verpfänder belassen hat[64]). Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen dem Pfandrechte mit und ohne Uebertragung des Pfandbesitzes wird seit Albrecht dahin bezeichnet, daß sie mit der Unterscheidung zwischen der ältern und neuern Satzung von Immobilien zusammenfalle, bei Mobilien aber nur ein Pfandrecht mit Uebertragung des Pfandbesitzes möglich gewesen sei. Dieser gegenwärtig herrschenden Ansicht ist nicht beizustimmen. Es wird aus den folgenden Abschnitten sich erstens ergeben, daß die Unterscheidung zwischen Pfand und Unterpfand nur bei der Satzung hervortritt, bei der Pfändung dagegen, wenn

60) Z. B. Revid. Lüb. R. 1586. III. 4, 4. handthabend Pfand. Frankf. Ref. 1578. I. 49, 10. inhändige Pfandt.

61) l. 238. §. 2. de V. S. pignus appellatur a pugno, quia res quae pignori dantur manu traduntur.

62) Arnold Eig. 127. Den hier gesammelten Belegstellen reiht sich an Urk. 1335 (Wenck Hess. Gesch. II. Urk. B. Nr. 332) so sollen diese dorff R. und M. *ir underphand* sin also lange bisz das wir yn die irrunge und die ansprache (wegen der verkauften Dörfer A. und D.) abe han getan. Für die Lehre vom Rentenkauf verdient es beachtet zu werden, daß das belastete Grundstück oft des Rentenkäufers Unterpfand genannt wird; z. B. Weisth. I. 109. 228, Frankf. Bac. jud. 35. (Thomas Oberhof 235), Rev. Lüb. R. III. 8, 13.

63) Im Sinne von Afterpfand kommt subpignus so wenig im ältern deutschen, als im römischen Rechte vor.

64) Z. B. Solmſ. L. O. II. 14, 1: welchem fahrende Habe .... zu Pfand eingesetzt werden, der mag und soll dieselbigen in seine Gewalt und Gewarsam nehmen. Denn thut er solches nicht, sondern läßt die Pfänder hinter dem Schuldner liegen, und es trüge sich zu, daß andere Gläubiger einfielen und solche Unterpfänder ... pfändeten.

Digitized by Google

es sich um Privatpfändung handelt, die Besitznahme zum Wesen dieses Aktes gehört, also niemals fehlen kann, wenn es sich aber um gerichtliche Pfändung handelt, die Ueberantwortung des genommenen Pfandes aus dem Gewahrsam des Gerichts in den Besitz des Gläubigers zwar unter Umständen eintritt, hiermit aber nur ein Abschnitt des Verfahrens, keine besondere Art des Pfandrechts bezeichnet ist. Es wird sich zweitens ergeben, daß das Unterscheidungsmerkmal, nach welchem der Gegensatz zwischen älterer und neuerer Satzung sich bestimmt, nicht in dem Besitze des Pfandes, sondern in dem Zwecke des Geschäfts besteht, welcher bei der ältern Satzung stets die Uebergabe des Pfandes an den Pfandempfänger erfordert, bei der jüngern Satzung aber sowohl mit als auch ohne Uebertragung des Pfandbesitzes zu erreichen ist, so daß zwar bei jener die Einräumung des Pfandbesitzes als wesentlich, dagegen bei dieser die Belassung des Pfandes im Besitze des Verpfänders als gewöhnlich, aber nicht wesentlich sich darstellt. Endlich wird drittens sich zeigen, daß eine Satzung ohne Uebertragung des Pfandbesitzes in Gestalt der neueren Satzung auch bei Mobilien möglich war.

Digitized by Google

Zweiter Abſchnitt.

Die Pfändung.

I. Die obrigkeitliche Pfändung.

§. 2.

1. Die Pfändung im Exekutionsverfahren.

Um die materielle Bedeutung des durch Pfändung im Exekutionsverfahren entſtehenden Rechtsverhältniſſes feſtzuſtellen, iſt es nöthig, zuvor auf die prozeſſuale Geſtaltung dieſes Verfahrens einen Blick zu werfen.

Dem älteſten germaniſchen Rechte ſcheint die Exekution gerichtlicher Urtheile durch Angreifen des Vermögens des Schuldners zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers nicht bekannt geweſen zu ſein. Es ſcheint, daß der Wegnahme von Sachen aus dem Gewahrſam des Schuldners als einer Antaſtung der Perſon des freien Mannes und einer Verletzung des Hausfriedens die germaniſche Sitte widerſtrebte, und daß man ſich daher auf einen indirekten Zwang durch Strafen und im äußerſten Falle durch Verhängung der Friedloſigkeit beſchränkte. Dieſe Annahme, für welche freilich direkte Beweiſe nicht beizubringen ſind, iſt wenigſtens wahrſcheinlich, weil die Beſchränkungen, unter welchen die älteſten germaniſchen Volksrechte die Exekution im Vermögen zulaſſen, auf jenen früheren Rechtszuſtand hinweiſen.

Die früheſte Spur der Exekution im Vermögen des Schuldners

Digitized by Google

enthält das Salische Recht in dem Titel de fides factas [1]). Die Angreifung des Vermögens wurde hier gestattet, aber nur dann, wenn der Schuldner vor Gericht erschienen war und ein Gelöbniß, die Schuld zu zahlen, geleistet hatte (fidem fecerit), wogegen im Falle des Ungehorsams, sei es daß der Beklagte nicht vor Gericht erschien oder daß der erschienene und verurtheilte Beklagte das Gelöbniß der Urtheilserfüllung verweigerte, die Friedlosigkeit ausgesprochen wurde [2]). Zweifelhaft bleibt es, aus welchem Grunde nach Ableistung des Gelöbnisses die Angreifung des Vermögens für zulässig gehalten wurde, ob man darin die eventuelle Zustimmung des Schuldners zu diesem Verfahren erblickte, oder ob das Gericht die Erfüllung des dem Gläubiger vor Gericht geleisteten Versprechens gleichsam in eigener Sache als die Erfüllung eines dem Gericht geleisteten Versprechens erzwang. Jedenfalls aber steht dieses Recht, nach welchem die Realexekution wider den Willen des Schuldners nicht eintreten konnte, der völligen Ausschließung derselben noch sehr nahe.

Ein weiterer Fortschritt in der Zulassung der Real-Exekution trat ein, als dieselbe schon in der Zeit der ersten Merovinger auch beim Ungehorsam des Schuldners für zulässig erklärt wurde [3]). Dieser Rechtssatz wurde in das Salische Recht in einem Zusatz zum ursprünglichen Text [4]) und in das Ripuarische Recht [5]) aufgenommen, dort für den Fall der Verweigerung des Gelöbnisses der Urtheilserfüllung:

si quis in mallum alterum per lege convinxerit ad fidem facire dispexerit aut precium solvere

hier für den Fall des Nichterscheinens:

si ad septimum mallum non venerit.

Hiermit war die Ansicht, daß die Realexekution gegen den Willen des Schuldners nicht stattfinde, verlassen. Dennoch beharrte

1) L. Sal. L. Waitz Das alte Recht der Sal. Franken S. 178. Siegel Geschichte des deutschen Ger. Verf. I. 161, 219.

2) L. Sal. LVI. Capit. Childeb. c. a. 550. c. 6. (Legg. II. 8).

3) Edict. Chilperici (561—584) c. 7. (Legg. II. 11. lin. 8).

4) L. Sal. nov. 19. (Merkel p. 55).

5) L. Ripuar. 32. §. 3.

man bei dem alten Rechte insofern, als man auch jetzt noch annahm, daß der Schuldner in seinem Hause gegen die Exekution geschützt sei. Selbst dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen derselben vorhanden waren, durfte der Schuldner unter Berufung auf Zweikampf sich der Störung seines Hausfriedens widersetzen, was in symbolischer Form dadurch geschah, daß er mit gezogenem Schwerte auf die Schwelle des Hauses trat und das Schwert als Zeichen des verwehrten Eintritts daselbst aufhängte[6]).

Im spätern Mittelalter fiel auch diese Beschränkung der Exekution hinweg. Nach Erstarkung der obrigkeitlichen Gewalt galt es nicht mehr als eine unzulässige Störung des Hausfriedens, wenn die Obrigkeit oder der Gläubiger mit obrigkeitlicher Ermächtigung zur Realexekution schritt[7]). Nur vereinzelte Spuren des alten Rechtes finden sich noch im spätern Mittelalter. Als eine solche Spur erscheint insbesondere die häufiger beschriebene als in ihrem Wesen aufgeklärte Kündigung in Overhöre nach Goslarschem Rechte. Die Satzungen über diesen Gegenstand stehen in engem Zusammenhange mit der Lehre vom Hausfrieden, auf welche sie in den Statuten unmittelbar folgen[8]). Wenn Jemand wegen Schuld beklagt war und es vorzog, zu Hause zu bleiben, anstatt zu zahlen oder der Ladung zu folgen, so respektirte auch das Gericht seinen Hausfrieden, indem es keine direkten Zwangsmittel anwendete, um dem Gläubiger Befriedigung zu verschaffen; es begnügte sich damit, den Schuldner in overhöre, d. h. Ungehorsam zu kündigen, durch welche Verfügung dem Schuldner Hausarrest gegeben und das Haus selbst in Beschlag genommen wurde[9]). Wie der wegen eines an Hals und Hand gehenden Verbrechens Verfestete hatte auch der wegen Geldschuld in Overhöre gekündigte Schuldner in seinem Hause Frieden[10]);

6) L. Ripuar. 32. §. 4.

7) Osenbrüggen Der Hausfrieden S. 34.

8) Gosl. Stat. 50, 1; 52, 3. Weder Göschen S. 315 und 461, noch Osenbrüggen a. a. O. S. 34. heben dies hervor.

9) Vgl. unten N. 256.

10) Gosl. Stat. S. 51. Z. 31: en vorvestet man oder en overhörich man heft uppe siner were dar he wonet vrede sine rechten tyd.

Digitized by Google

er hatte daselbst weder für sein Vermögen noch für seine Person einen Angriff des Gerichts zu besorgen. Allein nicht für alle Zeit duldete das Gericht solchen Ungehorsam, sondern, wie bei der Verfestung, nur Jahr und Tag. Nach Ablauf dieser Frist nahm ihm das Gericht das Haus, indem es sich desselben unterwand; hierdurch ging der Hausfrieden verloren, da es dem Schuldner nicht freistand, wegen derselben Schuld sich in den Frieden eines andern Hauses zurückzuziehen [11]).

Nachdem das System des direkten Zwangs durch Angreifung des Vermögens des Schuldners auf dem dargestellten Wege allmäliger Erweiterung bei Geldschulden allgemein anwendbar geworden war [12]), blieb für das System des indirekten Zwanges nur noch eine beschränkte Anwendung übrig. Zwar fanden Geldstrafen auch bei Geldschulden noch immer statt, indem der Schuldner durch Nichtbefolgung des richterlichen Zahlungsbefehls dem Richter Wedde verwirkte, wobei mehrere Zahlungsbefehle mit abnehmenden Fristen oder steigender Wedde vorkommen. Dagegen fand die Acht als Zwangsmittel zur Beitreibung von Geldschulden nicht mehr statt [13]). Sowohl der Gläubiger wegen seiner Forderung als der Richter wegen der durch Nichtbefolgung des Zahlungsbefehls verwirkten Geldstrafe hatte seine Befriedigung im Vermögen des Schuldners zu suchen [14]).

Die Voraussetzungen, unter welchen ein Zahlungsbefehl an den Schuldner erlassen und nach Ablauf der verstatteten Zahlungsfrist das Vermögen desselben zur Befriedigung des Gläubigers angegriffen wurde, waren verschieden, je nachdem der

---

11) Gosl. Stat. S. 53. Z. 35: dar vore mach he ime uppe neu hus mer in overhöre gan.

12) Vgl. über diese Entwickelung nach schweizerischen Rechten Zeitschrift für schweiz. Recht VII. 26, 34, 118.

13) Ssp. I. 68. §. 1. Dsp. 91, 92, 98. Schwsp. 101, 102, 107.

14) Dsp. 92. Schwsp. 102: unde claget ein man umbe gulte ... dar umbe sol man *nut ehten;* in sol der rihter hin ze sinem *gute* wisen ... unde sol sine buzze ouch da von nemen.

Digitized by Google

Schuldner die Schuld anerkannte oder nicht. Es wurde die mit notrecht gewunnene und die bekannte oder gichtige schuld unterschieden [15]).

Mit Nothrecht war die Schuld gewonnen, wenn der Beklagte vom Gericht genöthigt wurde, dieselbe ungeachtet seiner Weigerung oder seines Ungehorsams zu berichtigen; der vieldeutige Ausdruck notrecht hat hier nicht die Bedeutung von Eid [16]) oder Nothgericht [17]), sondern von Gerichtszwang [18]); er wird demgemäß in der lateinischen Uebersetzung des sächsischen Weichbilds 90. §. 1. folgendermaßen umschrieben:

quicumque alium coram judice pro debito impulsaverit et debitum illud *coacto jure* consecutus sit ...

Es wird hierunter sowohl der Fall begriffen, daß bei der Verhandlung der Beklagte die Schuld bestreitet, aber durch Urtheil schuldig erkannt wird, als auch der Fall, daß der Beklagte ungehorsam ist und daher als besiegt, in der clage (in der schuld) gewunnen, gilt, sei es daß er auf dreimalige Ladung nicht erscheint [19]) oder daß er erscheint, aber dingflüchtig wird [20]) oder Antwort weigert [21]) oder eine begonnene Verantwortung nicht

15) Magd. R. 1304. §. 64. (Gaupp 292). Glogau. R. 504. (Wasserschleben I. 61). Sächs. Weichb. 90. §. 1. — Weisth. I. 78. §. 36, 109. §. 5, 197, 435 ꝛc. Sehr gewöhnlich ist die Unterscheidung zwischen dem debitor confessus und convictus; z. B. Murten Stadtrodel §. 19. (Gaupp St. R. II. 155), Breisach. St. R. §. 10. (Gengler St. R. 43).

16) Haltaus p. 1428. versteht unter notrecht das juramentum necessarium, Zöpfl R. A. I. 345. jeden Eid, zu welchem eine Partei durch das Verhalten der Gegenseite sich genöthigt sieht.

17) Ueber notrecht im Sinne von notding Haltaus p. 1427, Homeyer Richtst. 427, Thudichum Gau- und Markverf. 71.

18) Ueber diese Bedeutung von notrecht und notrechten s. Urk. 1486. bei Haltaus l. c.: unercleyter dinge unnd ane notrecht; Salbuch 1532 bei Zöpfl a. a. O., wo die Ueberschrift: vom nottrecht im Texte durch die Worte mit recht fürnemen und zuclagen wiedergegeben wird.

19) Ssp. I. 70. §. 2. Dsp. 91, 92. Schwsp. 101, 102, 314. I. u. a. m.

20) Ssp. II. 45. Schwsp. 210. Sächs. Weichb. 109. §. 2. Lüb. Hamb. R. (Hach III.) 355.

21) Ssp. III. 39. §. 2. Dsp. 98. Schwsp. 107, 327. I. Ruprecht. 75.

Digitized by Google

vollendet[22]) oder den Eid verweigert[23]). Im Fall des Ungehorſams erfolgt nicht etwa ein Urtheil über die Exiſtenz der Schuld, ſondern ſogleich die zur Beitreibung derſelben nöthige Verfügung und zwar zunächſt der Befehl, daß der Schuldner binnen einer gewiſſen Friſt gelde oder die scult mit rechte untrede; nach Ablauf der Friſt tritt dann die Pfändung ein[24]).

Der Fall bekannter oder gichtiger schuld lag nicht allein dann vor, wenn der Beklagte erſchien und die Schuld vor Gericht bekannte, ſondern auch dann, wenn der Schuldner, ohne daß Klage gegen ihn erhoben war, vor Gericht erſchien und ein Schuldbekenntniß oder Zahlungsverſprechen leiſtete. Beide Fälle erheiſchen aber eine geſonderte Betrachtung.

Bedurfte es in dem erſtern Falle eines die Schuld auf Grund des Geſtändniſſes anerkennenden Urtheils? Die Rechtsbücher ſprechen ſich darüber nicht ausdrücklich aus. Hatte Kläger ſeine Klage erhoben, ſo mußte der beklagte Schuldner ſich affirmativ oder negativ erklären, bekennen oder besaken[25]). That er Letzteres, ſo nahm die Verhandlung mit Urtheilen ihren weitern Verlauf; davon handeln die Rechtsbücher ausführlich[26]). Wie aber verfahren wurde, wenn er die Schuld eingeſtand, erfährt man nicht; die Rechtsbücher begnügen ſich zu ſagen, der Schuldner müſſe bekennen und leisten, bekennen und beteren[27]). Schon aus dieſem Schweigen darf man ſchließen, daß kein weiteres Verfahren über die Schuld ſtattfand, ſondern ſogleich Zahlungsbefehl erlaſſen wurde. Hierauf deutet auch die gewöhnliche Formel der Klage: wil he's bekennen, dat is me lif; unde ne bekant

22) Ssp. II. 9.

23) Ssp. II. 11. §. 1. Dsp. 105. Schwsp. 113. a.

24) Richtſt. Ldr. 7. §. 3. ſcheint anzunehmen, daß gegen den Ungehorſamen ſofort zur Pfändung geſchritten werde, kann aber aus Ssp. I. 70. §. 2. ergänzt werden. Vgl. auch Albrecht Gew. R. 274. Unter den noch zugelaſſenen Einreden kann ein Ableugnen der Schuld nicht verſtanden werden.

25) Ssp. II. 3. §. 3.

26) Richtſt. Ldr. 8.

27) Ssp. I. 6. §. 3, II. 10. §. 5.

Digitized by Google

he's nicht, ich wille's bereden (bewisen) etc.[28]); für den Fall des Eingeständnisses werden weitere Anträge als überflüssig nicht gestellt. Hat der Grundsatz, daß der Richter „zwischen zweier Manne Rede" Urtheils fragen soll, den Sinn, daß er bei einer sachlichen Differenz zwischen dem Vorbringen der Parteien die Urtheiler entscheiden lassen soll, so bedurfte es keiner Urtheilsfrage, mithin keines Urtheils, wenn kein Streit obwaltete. Es war dann nur noch für die Anwendung des Gerichtszwangs zur Beitreibung der bekannten Schuld Raum. Man darf demnach annehmen[29]), daß das Gericht nach erfolgtem Eingeständniß sich darauf beschränkte, eine Frist zur Bezahlung zu setzen und nach deren Ablauf die Hülfe zu vollstrecken, daß demnach das gerichtliche Geständniß nicht zur Grundlage eines Urtheils über die Schuld diente, sondern ein solches Urtheil überflüssig machte. In dieser Weise scheint im frühern, wie im spätern Mittelalter verfahren worden zu sein. Nach der Lex Salica[30]) trat unter der Voraussetzung:

si quis alteri fidem fecerit,

oder wie es genauer heißt:

si quis ad placitum legitime fidem factam noluerit solvere

das Exekutionsverfahren ohne weiteres Urtheil über die Schuld ein. Es ist nicht nöthig, dies mit Siegel[31]) nur von einem Gelöbniß der Urtheilserfüllung zu verstehn, welches eine Verurtheilung zur Voraussetzung hatte; es fällt darunter auch der Fall, daß der Beklagte eingestand und zu zahlen versprach, so daß es zum Urtheil nicht kam[32]). Zur Bestätigung dienen

28) Ssp. I. 63. §. 2; z. B. Gaupp St. R. II. 260, 266, 272 und oft.

29) Gleicher Ansicht Planck in Krit. Jahrbb. von Richter und Schneider IX. 432. und Beweisurtheil S. 28, 30.

30) L. Sal. L. 1, 2.

31) Geschichte des D. Ger. Verf. I. 250.

32) Siegel a. a. O. glaubt aus der Erwähnung des fretus schließen zu müssen, daß ein Urtheil vorausgesetzt sei. Warum sollte aber nicht auch der Fall mitbegriffen sein, daß der geständige Beklagte fretus und compositio zu zahlen versprach?

Digitized by Google

Formeln für Aufzeichnungen über Gerichtsverhandlungen[33]), Stadtrechte[34]) und Weisthümer[35]), welche der Fällung eines Urtheils über die bekannte Schuld vor Erlaß des Zahlungsbefehls nicht erwähnen.

Ein schlagender Beweis für die Annahme, daß es nach erfolgtem gerichtlichem Eingeständniß des Schuldners keines Urtheils über die Schuld bedurfte, ergiebt sich daraus, daß zur Erlassung des Zahlungsbefehls bei bekannten Schulden die Mitwirkung der Urtheilsfinder nicht wesentlich war. Zwar wenn das Geständniß des Beklagten in der Gerichtsversammlung vor Richter und Urtheilern erfolgte, sind es Letztere, welche den Ausspruch thun, den der Richter verkündigt[36]). Wenn aber der Schuldner die Schuld vor dem Richter bekannte, während die Urtheiler nicht anwesend waren, konnte der Richter ohne ihre Mitwirkung den üblichen Zahlungsbefehl erlassen und nach Ablauf der Zahlungsfrist weiter mit der Exekution vorgeschritten werden. An die Satzung des sächsischen Weichbilds, daß der Burggraf und der Schultheiß um Geldschulden alle Tage richten sollen, knüpft die Glosse[37]) die Bemerkung, daß die Schöffen nur alle vierzehn Tage zu des Schultheißen Gericht zu erscheinen brauchen:

> darumme, *das man mit orteile nicht dinget.* Wenne worumme? bekennet der schuldiger die schult, *der richter* mag em gebieten .... zu bezalen.

Verwandt hiermit ist der noch heutigen Tags in der Schweiz übliche sog. Rechtstrieb, welcher sich seit dem fünfzehnten Jahr-

---

33) Form. Merkel 30. in Zeitschr. für R. G. I. 215. Form. 459. bei Rozière II. p. 560.

34) Freiburg. Stift. Brief 1120. §. 56. (Gaupp II. 27). Colmar. R. 1293. §. 21. (daf. I. 118). Dattenried. R. 1358. §. 21. (daf. II. 179). Breisach. R. 1275. §. 10. (Gengler St. R. 43) verb. „statim".

35) Engelberg. Hofrodel (Weisth. I. 1). Oefn. zu Tablatt (daf. I. 226) u. a. m.

36) Magd. Fr. II. 2, 15; II. 2, 18. Eyn man hette den andirn beclagit umb gelt ... das bekente ym der schuldiger ... so wurde ym *geteilet*, her sulde das unvorczogentlich czalen ...

37) Gl. zu Sächs. Weichb. 45. §. 4. (Daniels und Gruben 363).

Digitized by Google

hundert aus der dem Rathe zustehenden Vollstreckung gerichtlicher Erkenntnisse entwickelt hat[38]). Der Gläubiger hat die Wahl, seine Forderung durch förmliche Klage bei Gericht oder durch den Rechtstrieb (die Schuldbeitreibung) einzuziehn. Letzteres Verfahren besteht darin, daß die Schuld bei dem Rathsschreiber angemeldet wird, welcher den Schuldner befragt, ob er der Schuld geständig sei. Im Bejahungsfall wird die Exekution verhängt, im Verneinungsfall der Gläubiger auf den Rechtsweg verwiesen. Noch weiter geht das bayrische Recht, vielleicht im Anschluß an das alte Recht der pignoratio per jussionem judicis[39]), indem es dem Richter erlaubt, dem Gläubiger auf seinen Antrag den Fronboten zum Zweck der Pfändung des Schuldners für den Fall beizugeben, daß er der Schuld geständig sei, mit der Weisung, den Schuldner, wenn er die Schuld bestreite, zur Verhandlung der Sache im nächsten Gerichtstage vorzuladen[40]).

Der zweite Fall bekannter Schuld lag dann vor, wenn ein gerichtliches Schuldbekenntniß oder Zahlungsversprechen (Gelöbniß) außerhalb des Rechtsstreits abgelegt war. Bedurfte es, wenn der Gläubiger unter Berufung auf dies Bekenntniß die Beitreibung der Schuld verlangte, einer prozessualen Verhandlung mit dem Schuldner, so daß die Exekution, wenn er bei dieser Verhandlung sein Bekenntniß wiederholte, auf Grund des letztern, wenn er aber die Schuld in Abrede stellte, auf Grund eines Urtheils über die Schuld erfolgte? Eine Verhandlung mit dem Schuldner

38) Wyß in Zeitschr. für schweiz. R. VII. 14.

39) Vgl. unten §. 5. Note 16.

40) München. R. 30. (Auer). Swer hinz dem andern gelt ze vodern hat, daz hinder 36 den. ist, dem sol fronbot pfant antwurten ze haus und ze hof, ob im ener an laugen ist. Laugent aber ener, so sol im fronbot fürpieten von des chlagers wegen auf daz naechst recht. Bayr. L. R. 293. (Freyberg IV. 484). Und sol in der richter darumb (umb geliehens gelt) benoeten und sol im darumb pfant antwurten, ... ob er dez geliehen geltz an laugen ist. Laugent aber er sein, so sol zwischen ir geschehen was recht ist; vgl. auch Bayr. L. R. 306. Ueber Pfändung durch den Pfänder der Stadt, praeco seu apparitor civitatis, vgl. München. Rechtsbr. 1294. §. 19. (Gengler St. R. 296) und Landshut. St. R. 1279. §. 2. (Gaupp St. R. I. 152).

Digitized by Google

erſchien unnöthig[41]), wenn der Gläubiger die Einleitung der Exekution wegen einer Schuld verlangte, welcher das Gerichtszeugniß zur Seite ſtand, ſei es, daß Richter und Urtheiler das Schuldbekenntniß des Schuldners mündlich bezeugten oder daß der Gläubiger einen darüber unter das Gerichts Siegel ausgeſtellten Brief vorlegte oder daß ein Eintrag im Gerichtsbuche darüber aufgenommen war und verleſen wurde. Die Forderung wurde einer bekannten gleichgeachtet; denn ſie war unleugbar, der Schuldner konnte ſie gegenüber dem Zeugniß des Gerichts nicht eidlich ableugnen. Es bedurfte keiner Verhandlung und keines Urtheils über das Beſtehen einer Forderung, welche in ſicherer Kunde (orkünde) des Gerichts beruhte. Das Schuldbekenntniß war auch in dieſem Falle nicht Beweismittel, welches zur Grundlage eines Urtheils diente, ſondern es kam gar nicht zum Beweiſe. Es wurde daher ein Zahlungsbefehl erlaſſen[42]); nach Ablauf der Zahlungsfriſt trat die Exekution ein.

Die Belege für dieſe Darſtellung liegen namentlich in Stadtrechten. Das Goslarſche Recht[43]) beſtimmt:

> Is en man scult sculdich, dar he sinen bref up ghift oder dat de voghet beseghelet dat he der scult bekant hebbe in richtes stat, wert he na dar umme sculdighet unde bekant he sines breves oder wert he des vortüghet mit des voghedes breve unde mit dinghlüden, vor de scult ne mach he nicht inne sitten unde de voghet mach ene dar vore panden mit des rades orlove in sinem hus.

Es ſind hier zwei Fälle erwähnt, in welchen der Vogt, vorbehaltlich der nach der Verfaſſung von Goslar[44]) bei jeder Pfändung nöthigen Zuſtimmung des Rathes, zur Exekution ſchreitet, ohne daß eine vorgängige Urtheilsfindung erwähnt wird.

41) A. M. Planck a. a. O. S. 433.

42) Es iſt anzunehmen, daß der Zahlungsbefehl hier ebenſo erfolgte, wie oben Note 24. bemerkt iſt: zu gelten oder die schuld mit recht zu entreden. Ein Ableugnen der Schuld war auch hier nicht zuläſſig; aber die Einrede der Zahlung. Magd. Syſt. Schöff. R. III. 2, 26. 27. Magd. Fr. II. 2, 9.

43) S. 72. Z. 1.

44) Göſchen S. 517.

Digitized by Google

Erstens wenn der Schuldner in einer Privaturkunde ein Schuldbekenntniß ausgestellt hat; in diesem Falle findet die Exekution statt, wenn er sines breves bekent, also auf Grund des von dem beklagten Schuldner im Prozeß abgelegten Geständnisses. Zweitens wenn der Schuldner vor Gericht ein Schuldbekenntniß abgelegt hat und hierüber eine Urkunde unter dem Siegel des Richters (Vogtes) ausgestellt ist; in diesem Falle findet die Exekution statt, ohne daß es vorgängigen Gehörs des Schuldners bedarf, wenn er mit des voghedes breve unde mit dinghlüden der Schuld überführet (vortüghet) wird. Die Dingleute, d. h. die Bürger, welche nach der Verfassung von Goslar die Stelle von Schöffen vertreten[45]), handeln hierbei nicht als Urtheilsfinder, sondern legen mit dem Vogte auf Grund des von ihnen als ächt anerkannten Gerichtsbriefes das Zeugniß des Gerichtes für das Bestehen der Forderung ab. Die Gleichstellung des außer dem Prozeß abgelegten gerichtlichen Schuldbekenntnisses mit dem prozessualen Geständniß tritt auch darin hervor, daß in beiden Fällen das inne sitten und die Kündigung in overhöre ausgeschlossen ist; im ersten Falle, weil dem vor Gericht erschienenen und der Schuld geständigen Beklagten ein Ungehorsam (overhöre) nicht zur Last fällt, im zweiten Falle, weil der Beklagte nicht vorgeladen wird und daher auch von Ungehorsam desselben nicht die Rede sein kann.

Das Rechtsbuch nach Distinktionen stimmt hiermit überein, ohne zwischen Landrecht und Weichbildrecht zu unterscheiden. Vom gerichtlichen Schuldbekenntniß wird gesagt[46]):

Ist eyn man schuldig, do eyn sinen brif ufgebet under foytes adder schepphen ingesz, do he schult bekente an gerichte, den brif mag her nicht ensagen mit keynen rechte. Der richter mag dem cleger allewege phandes helffen umbe des brifes schult.

45) Göschen S. 372.
46) Berm. Ssp. III. 11. D. 3.

Digitized by Google

Dagegen findet bei dem in einer Privaturkunde ausgestellten Schuldbekenntniß [47]):

wert eyn man beschuldigt, daz he niclit en halde, daz her gelobet had in sinen briffen

Gehör des Beklagten statt, der durch seinen Eid der Schuld entgehn kann und den Reinigungseid bald mit sines eynes hand, bald selbdritte zu leisten hat, je nachdem er die Aechtheit des Siegels leugnet, oder behauptet, daß dasselbe wider seinen Willen an den Brief gehangen sei, oder daß er die Schuld bezahlt habe.

Das Bamberger Recht, welches zwischen Stadtbriefen, d. h. von dem Richter (Schultheißen) und mindestens sieben Schöffen unter ihrem Siegel ausgestellten Urkunden, und Gerichtsbriefen, d. h. von dem Richter allein unter seinem Siegel ausgestellten Urkunden, unterscheidet und erstere bei Rechtsgeschäften über Immobilien erfordert, während bei sonstigen Rechtsgeschäften und namentlich bei bekenntnuss die schulldt an trifft zu gellten ein Gerichtsbrief für genügend erklärt wird [48]), enthält keine allgemeine Vorschrift über die Exekution auf Grund eines Gerichtsbriefes, aber eine spezielle Bestimmung, aus welcher auf die Exekution im Allgemeinen geschlossen werden kann. Wenn Jemand eine Forderung an einen auswärtigen Schuldner hat und, um dieselbe einzuziehen, eine Forderung des Schuldners an einen Einwohner angreift, soll ein verschiedenes Verfahren eintreten, je nachdem die Schuld bekannt ist [49]) oder nicht [50]). In dem letzteren Fall soll man den auswärtigen Schuldner vorladen und erst dann, wenn er ausbleibt, und auch in diesem Falle nur gegen Kaution dem clager die hab offenn. Von dem ersten Fall dagegen heißt es:

Ist es aber um bekante schulld im gericht, so entdarff man nichts davon vergewissen und soll dem clager dieselb hab erteillt werden zu offenn.

Im Falle eines gerichtlichen Schuldbekenntnisses bedarf es hiernach der Verhandlung mit dem Beklagten nicht, sondern es wird

47) Verm. Sſp. III. 11. D. 1. 2.
48) §§. 10, 11, 13. Vgl. Zöpfl S. 219. 49) §. 272.
50) §§. 267 bis 271.

Digitized by Google

sofort dem Kläger gestattet, die Forderung desselben als Exekutionsobjekt anzugreifen.

In dem Rechte der hessischen Stadt Frankenberg[51]) heißt es unter ausdrücklicher Hervorhebung der außer dem Prozeß abgelegten gerichtlichen Schuldbekenntnisse:

> Wer dem andern schult bekennet vor gerichte, *he werde geschuldiget da umbe ader beken ir sust*, der sal sie betzalen in XIV tagen. Tud he des nicht, he sal den richter anruffen der cleiger, das he ym zu phanden helff. Unde sal das buch laissin lesen unde sehin dass die tzyt umb sy, so tud he ym den knecht.

Besondere Beachtung verdient endlich das kleine Keyserrecht[52]), welches den Satz aufstellt: überall wo dem Richter und den Schöffen die Sachverhältnisse bekannt sind, bedarf es keines förmlichen prozessualen Verfahrens, sondern der Richter soll dem Kläger sofort zu seinem Rechte verhelfen.

> Waz der richter und die scheffen vür war wissen, daz en darf man nit erwinden mit der clage nach des gerichtes rechte. Wan kundit ez in der man, dem man icht schuldig ist zu tun, so sal ez der richter volfuren mit des keisers gebot. Dut er (der Schuldner) des dan nit, so sal er ez richten glicher wise, als wer es claget vor dez keisers ougen mit der gesatzten zit des gerichtes. Sint gescr. stet: da der keiser die warheit weiz, da mag er richten ane clage.

Es ergiebt sich also der allgemeine Grundsatz, daß wegen einer vor Gericht im Prozeß oder außerhalb desselben bekannten Schuld auf einseitigen Antrag des Gläubigers ohne vorgängiges Gehör des Schuldners und ohne Urtheil über die Richtigkeit der Forderung das Exekutionsverfahren eingeleitet und deßhalb zuvörderst ein Zahlungsbefehl an den Schuldner erlassen wurde. Es wird hierbei ein Schuldbekenntniß vorausgesetzt, welches vor demselben Gerichte abgelegt war, bei welchem die Exekution beantragt wurde. Wie aber in Betreff des Beweises die Wirkungen des Gerichts-

51) Schmincke Mon. Hass. 738.

52) I. 14. Eine Anwendung enthält III. 21.

Digitized by Google

zeugnisses auf Fälle ausgedehnt wurden, wo dem Anspruch das eigne Zeugniß des Prozeßgerichts nicht zur Seite stand[53]), so ergab sich eine gleiche Erweiterung von selbst für die Exekution.

Man erkannte daher die Exekution auch dann sofort, wenn die Forderung sich auf ein vor einem andern Gerichte abgelegtes Schuldbekenntniß gründete, sofern dasselbe durch mündliches Zeugniß der Gerichtspersonen oder Boten des Gerichts oder durch einen besiegelten Gerichtsbrief zur Kunde desjenigen Gerichts kam, bei welchem die Exekution beantragt wurde.

In den Städten wurde das vor dem Rathe abgelegte, namentlich das im Stadtbuche eingetragene Schuldbekenntniß dem gerichtlichen gleichgeachtet in Betreff des Beweises und der Hülfsvollstreckung und zwar dergestalt, daß nicht blos vom Gerichte, sondern auch vom Rathe selbst auf Grund eines solchen Bekenntnisses die sofortige Exekution eingeleitet wurde. Das Hamburger Recht[54]) sagt:

So wat vor dem gantzen rade bekant[55]) wert unde an der stad schuldbock gescreven wert, dar ne geit nen tuch en boven. Unde ne worde dem manne nicht gegulden to synem dage, he ne darf nicht clagen vor rechte, *sunder vor dem rade.* Unde de rad schal ene wisen an syn erve, ofte he nen ander pand hevet.

Auch das Goslarsche Recht[56])

wat men vor dem rade lovet oder bekant, dat scal men holden

und das Rechtsbuch nach Distinktionen[57]):

bekennet man vor dem rate icht, daz sal man halden vor gerichte *unde anderswo*

weichen hiervon nicht ab. Die Magdeburger Schöffen[58]) an-

53) Homeyer Richtst. 475. Hänel Beweissystem des Sſp. 62.

54) Hamb. R. 1270. VII. 3. Hamb. Lüb. R. (Hach III) 328.

55) Im Hamb. Lüb. R. a. a. O. heißt es statt bekant: bekommert d. h. festgemacht.

56) S. 26. Z. 33.

57) Verm. Sſp. I. 45, 1.

58) Magd. Fr. I. 1, 24.

Digitized by Google

erkennen, daß, wenn Jemand vor den Rathmannen ein Schuldbekenntniß leistet und des gebrech wirt, der Gläubiger sich des bruches an eynen siczenden rat ziehen kann; sie gestatten ihm die Wahl zwischen dem Verfahren vor Gericht und vor dem Rathe [59]):

Gelobit eyn man dem andirn vor den schepfin adir vor den rotmann gelt czu gebene ... unde beclagit her den schuldegere umme das gelobdete gelt vor gerichte unde vor scheppfin adir vor den rotmannen, so mus her burgen adir andir gewisheit seczin dem cleger, ab hers nicht entperin wil.

Daß der Rath in solchen Fällen zur Exekution schritt, erklärt sich noch nicht aus der Gleichstellung des vor dem Rathe abgelegten und des gerichtlichen Schuldbekenntnisses; hieraus würde sich nur ergeben, daß das Gericht auch auf Grund eines vor dem Rathe geleisteten Bekenntnisses zur Exekution schreiten konnte. Abgesehen von den Städten, welche die Gerichtsbarkeit erworben hatten, oder wo wenigstens die Exekution der gerichtlichen Erkenntnisse dem Rathe zustand [60]) oder doch die gerichtliche Exekution der Zustimmung des Raths bedurfte [61]), erklärt jenes Verfahren sich wohl daraus, daß der Rath überall in städtischen Angelegenheiten das Recht der Exekution hatte [62]), als eine solche Angelegenheit aber auch die Erfüllung der vor dem Rathe übernommenen oder anerkannten Verbindlichkeiten als gleichsam bürgerlicher Pflichten betrachtet wurde. Diese Erklärung giebt auch die Langenbeckſche Glosse [63]):

indem von anbegyn vor dem rade de plicht angelegt ysz, dar me den noch dessulven rechtes schal geneten, ghelyck efft dat pant in gerichte vervolget unde so an den radt gebracht were.

Dem vor Gericht oder vor dem Rath abgelegten Schuldbekenntniß

59) Magd. Syst. Schöff. R. I. 22.
60) Z. B. Zürich. Wyß in Zeitschr. für schweiz. R. VII. 14.
61) Z. B. Goslar, vgl. Note 44.
62) Vgl. unten §. 4.
63) Zu Hamb. R. 1497. II. 10.

Digitized by Google

wurde auch dasjenige gleichgeachtet, welches vor einer Deputation des Gerichts oder Raths innerhalb des Sprengels desselben abgelegt wurde, gleichviel ob die Deputirten allgemeinen oder besondern Auftrag hatten.

Bamberg. R. §. 244. Wer es aber ein bekannte schulld vor gericht oder vor zweyen geschworen schöpfen oder vor zweyen geschworen genannten [64]), die darzu gepeten weren zu gezeugen etc.

Nur scheinbar steht der Ausspruch der Magdeburgischen Schöffen [65]) entgegen:

Eyn man, der in dy stat nicht enthar unde begert gelobde adir bekenntnisse czu tun, adir (und) dorczu wordin gesant 2 rotmanne us eyme gesessenym rate adir 2 scheppin us gehegetim dinge ... das geczugnisse hat keyne craft.

Nur für den hier zu unterstellenden Fall, daß die Deputation sich über die Grenzen des Weichbilds hinaus begiebt, um das Gelübde oder Bekenntniß entgegenzunehmen, wird dem Zeugniß derselben die Kraft eines Gerichtszeugnisses abgesprochen [66]).

Hiermit ist die Reihe der Erweiterungen abgeschlossen, welche die Wirkung des gerichtlichen Schuldbekenntnisses in Betreff der paraten Exekution erfuhr. Auf ein außergerichtliches, vor Zeugen oder in einer Privaturkunde abgelegtes Schuldbekenntniß konnte nicht sofort zur Exekution geschritten, es mußte der Schuldner darüber gehört und ein Urtheil gesprochen werden, wenn er nicht nunmehr vor Gericht die Schuld bekannte [67]). Man könnte denken, daß auch bei Forderungen, welche der Schuldner ausnahmsweise nicht eidlich ableugnen durfte, obschon ihm kein Gerichtszeugniß entgegenstand, z. B. bei jährigem Lidlohn, Miethzins oder Grundzins [68]), auf den eidlich erhärteten Antrag

64) Ueber die nominati, jurati vgl. Stobbe Vertr. 18, Laband in Zeitschr. f. D. R. XX. 15.

65) Magd. Syst. Schöff. R. I. 24.

66) Vgl. hierzu Magd. Fr. I. 2, 12.

67) Vgl. die Noten 43 und 47.

68) Hänel a. a. O. 111.

Digitized by Google

des Gläubigers sofort ohne Gehör des Schuldners zur Exekution geschritten worden sei. Allein daß in diesen Fällen eine Verhandlung mit dem Schuldner nöthig war, erhellt daraus, daß zunächst in Frage kam, ob das vom Gläubiger behauptete Dienst-, Mieth- oder sonstige Rechtsverhältniß, aus welchem die Forderung entsprungen sein sollte, vom Schuldner eingeräumt werde. Leugnete er dasselbe, so konnte er in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze vom Beweisrecht durch seinen Eid der Schuld entgehn[69]); diese Vorfrage konnte also nicht durch einseitiges, obschon eidlich erhärtetes Vorbringen des Gläubigers erledigt werden. Die Stellen, welche vom Beweise derartiger Forderungen handeln, erwähnen zum Theil ausdrücklich einer Verhandlung mit dem Schuldner[70]).

Der Grund, weßhalb auf die Exekution wegen bekannter Schulden hier näher eingegangen werden mußte, wird sich bei Erörterung der sog. neuern Satzung (unten §. 8) herausstellen.

Als Gegenstand der Exekution betrachtete man das Vermögen und die Person[71]) des Schuldners.

Was die Exekution im Vermögen betrifft, so erwähnen die ältesten Rechtsquellen nur bewegliche Sachen als Gegenstand derselben[72]). Daß es zur Zeit der Volksrechte nicht üblich war, auch die Immobilien als Exekutionsobject anzugreifen, kann man aus dem Titel de chrenecruda des Salischen Rechts entnehmen[73]). Wenn der Todtschläger, dessen bewegliche Habe (facultas) zur Zahlung des Wergeldes nicht hinreichte, nach geleistetem Eide: quod nec super terra nec subtus terra plus de facultate non habeat auf seinen Grundbesitz (casa) durch den a. a. O. beschrie-

69) Gosl. Stat. 20. Z. 23.

70) Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 47. 48: und her im des leukint.

71) Vgl. §. 1. Note 46 ff.

72) L. Sal. L. 2. de furtuna illius *tollant*. L. Rip. XXXII. 3. strudem exinde *auferre*. Cap. Chilper. (Legg. II. 11) praendat .. quod graphio *tollere* debet.

73) L. Sal. LVIII.

Digitized by Google

benen symbolischen Akt verzichtete und denselben mit der Verpflichtung zur Zahlung des fehlenden Betrags auf seinen nächsten Verwandten übertrug, aber auch die Habe des letzten zur Haftung für das Wergeld verpflichteten Verwandten zur vollständigen Deckung desselben nicht hinreichte, so wurde nicht etwa der Grundbesitz zu diesem Zwecke angegriffen, sondern alsbald die Person des Todtschlägers. Daß man in der Periode der Volksrechte das Grundvermögen, das doch bereits Gegenstand des Verkehrs war, zur Befriedigung des Gläubigers nicht angriff, hat vielleicht seinen Grund in einer alten Sitte, welche in die Zeit vor Entstehung des Sondereigenthums an Grundstücken zurückreicht [74]); vielleicht aber war die germanische Scheu vor einer Verletzung des Hausfriedens der Grund, daß man dem Schuldner das Obdach und Asyl seines Hauses nicht entzog, wenn er nicht freiwillig sich desselben begab, wie im Falle des Titels de chrenecruda, oder wegen Ungehorsams aus dem Frieden gesetzt wurde.

Die Erstreckung der Exekution auf die Immobilien des Schuldners stellt sich als eine durch die karolingische Gesetzgebung bewirkte Neuerung dar. Anfangs nur für einzelne Volksstämme eingeführt [75]), wurde die Immobiliarexekution später gemeines Recht des fränkischen Reichs [76]). Es ist nicht unwahrscheinlich, daß hierbei das Vorbild des römischen Exekutionsverfahrens von Einfluß war, namentlich die fränkische missio in bannum mit einjähriger Frist der römischen missio in bona nachgebildet wurde [77]).

Die Vermögensstücke des Schuldners konnten nur in einer bestimmten Reihenfolge angegriffen werden. Theils durch die Gewohnheit, theils durch die fränkische Reichsgesetzgebung bildete

74) So Thudichum Altd. Staat 113.

75) Cap. de part. Saxon. 785. c. 27. (Legg. I. 50). Cap. quae in lege Ribuar. mittenda sunt 803. c. 7. (ib. 117). Cap. de lege Rib. 856. c. 13. (ib. 443).

76) Cap. 817. c. 11. (Legg. I. 212). Anseg. IV. 23, 74. (ib. 315, 321). Hieraus sind nach Boretius Capit. S. 121. die in Legg. I. 85. abgedruckten c. 12, 13. Cap. quae addita sunt ad Leg. Langob. entnommen.

77) Vgl. l. 8. §. 3. Cod. de praescr. XXX. ann. (7, 39).

Digitized by Google

ſich eine Exekutionsordnung, welche unverändert bis in das ſpätere Mittelalter[78]) beobachtet wurde.

In erſter Linie wurden die Mobilien angegriffen. Die fränkiſchen Kapitularien, welche zuerſt die Immobilien zur Exekution heranzogen, verfügen, daß, wenn das Grundeigenthum in Bann gelegt werde, die Schuld de rebus mobilibus quae in eadem proprietate inventae fuerint bezahlt und si rerum mobilium ibidem inventarum quantitas non suffecerit, de immobilibus das Fehlende ergänzt werden ſolle. Unter den Mobilien wurden die lebloſen vor den lebenden als Pfand genommen[79]).

In zweiter Linie dienten die Immobilien zur Befriedigung des Gläubigers. Zunächſt ſollten die Früchte, erſt bei Unzulänglichkeit derſelben die Subſtanz des Grundſtücks angegriffen werden, es wurde zuvörderſt auf dem Gute gepfändet, nur hülfsweiſe das Gut ſelbſt herangezogen[80]). Unter den zuerſt anzugreifenden Früchten ſind nicht blos Naturalfrüchte, ſondern auch Civilfrüchte zu verſtehen[81]). Kamen die Immobilien der Subſtanz nach zur Exekution, ſo ſollte das Lehn, ſoweit es überhaupt wegen Schulden des Lehnsmanns angegriffen werden konnte, erſt dann angegriffen werden, wenn das Allod zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreichte. So beſtimmen in Betreff der beneficia bereits fränkiſche Kapitularien[82]):

Similiter et de benefitio hominis, si forte res propriae non habuerit, mittatur in bannum ...

Nach Aufnahme des römiſchen Rechts berief man ſich zur Recht-

78) Gl. zu Sſp. II. 41. §. 1. Gl. zum Sächſ. Weichb. 27. (Daniels und Gruben 317).

79) Weisth. I. 695. so sol der meier kein essend pfand nemen, er finde dan kein ligend pfand; und öfter.

80) Sſp. II. 41. §. 1. Richtſt. Lehnr. 9. §. 6. Schwſp. 206.

81) Sſp. II. 41. §. 1. up egene dat also klene *gilt*. Die Auslegung dieſer Worte bei Albrecht Gew. S. 46. beſtätigt Richtſt. Lhnr. 9. §. 6. Gl. zu Sſp. a. a. O. darnach zinss, der vom erb oder vom eigen gefellt; und zum letzten an dem eigen oder erb selbst.

82) Cap. quae in lege Rib mitt. 803. c. 7. (Legg. I. 117). Cap. 856. c. 13. (ib. 443).

Digitized by Google

fertigung dieses Satzes auf den Ausspruch: stipendia retineri propterea, quod condemnatus es, non patietur praeses provinciae, quum rem judicatam possit aliis rationibus exsequi [83]), indem man denselben auf den vasallus als miles direkt anwendete. In dieser Gestalt findet sich die Regel in der lateinischen Glosse zum Sachsenspiegel [84]):

> Judex non debet creditorem mittere in feudum nisi quoad ejus fructus eosque tantum, qui in vita debitoris inde capiuntur ... Neque etiam talis immissio fieri permittitur, nisi in defectum omnis generis aliorum bonorum haereditariorum, arg. l. 40. de re judic. et l. 4. Cod. de exsec. rei jud.

Nachdem seit Andreas de Isernia der Begriff der Lehnschulden entwickelt war [85]), mußte für diese von der Regel der vorgängigen Angreifung des Allodialvermögens eine Ausnahme gemacht werden.

Die Reihenfolge der Exekutionsgegenstände war im Interesse sowohl des Gläubigers als des Schuldners geordnet. Es konnte weder jener nach Willkür ein Pfand nehmen, noch dieser ihm ein beliebiges Pfand aufdrängen. Man hat behauptet [86]), nach dem Rechte des Mittelalters habe der Gläubiger genöthigt werden können, statt des geschuldeten Geldes ein Pfand an Zahlungsstatt anzunehmen. Eine scheinbare Unterstützung findet diese Behauptung darin, daß sehr oft die Verbindlichkeit des Schuldners so bezeichnet wird, daß er den Gläubiger mit pfand oder mit pfennigen zu befriedigen habe; z. B. bei dem richterlichen Zahlungsbefehl [87]), der Zahlungseinrede [88]), der Zahlungsofferte [89]), der Zahlungs-

83) l. 4. Cod. de exec. rei judic. (7, 53).

84) Gl. ad Spec. Sax. II. 41. (Zobel CCLV. b.).

85) Die in Note 84. angeführte Glosse bestätigt die Zurückführung des Lehnschuldenbegriffs auf Andreas de Isernia, vgl. Jahrb. des gem. R. von Bekker und Muther IV. 473.

86) Heußler in Zeitschr. für schweiz. R. VII. 165.

87) Schwsp. 305. Rupr. 196. Hamb. R. 1270. IX. 6. Bayr. L. R. 306.

88) Bayr. L. R. 281. der sol nennen, ob er in mit pfenning oder mit wert oder mit pfanten oder mit weu er in gewert hab.

89) Schöff. Urth. Wasserschleben I. 296. c. 159.

Digitized by Google

unfähigkeit[90]). Dies ist so zu verstehn, daß der Gläubiger bei Geldschulden Geld zu fordern und nur unter gewissen Voraussetzungen statt des Geldes mit geldwerthen Gegenständen sich zu begnügen hatte. Diese Voraussetzungen waren, abgesehen von freiwilliger Annahme an Zahlungsstatt, daß der Schuldner nicht im Stande war, den Gläubiger in Geld zu befriedigen,

> Ssp. III. 40. §. 2: Sve so penninge oder silver gelden sal, but he dar wedde vore, he n' is darmede nicht ledich, ire gelovede ne stunde also[91])

und daß der Schuldner bei der Hingabe von Pfändern die übliche Ordnung der Exekutionsobjekte beobachtete, insbesondere nicht Immobilien gab, während er Mobiliarvermögen besaß.

> Hamb. R. 1270. IX. 19: So we deme anderen schuld gift umme gelt ... und but he eme erve to pande, dat erve ne darf he nicht nemen, he willet don. It ne sy, dat it de andere were uppe den hilgen, dat he noch pennynge, noch kistenpand, noch vlotware gud ne hebbe[92]).

Wenn der Schuldner unter diesen Voraussetzungen bereit war, Pfand statt Geldes zu geben, so konnte der Gläubiger nicht verlangen, daß ihm die Sache sogleich an Zahlungsstatt als Eigenthum überlassen werde[93]).

Unter den als Gegenstand der Exekution anerkannten Vermögenstheilen vermißt man die Forderungsrechte. Es fehlt auch an einem Ausspruche darüber, welche Stelle dieselben in der Reihenfolge der Exekutionsobjekte einnehmen. Es wäre aber irrig hieraus zu schließen, daß der Gläubiger die Forderungen

90) Verm. Ssp. III. 9, 7.

91) Magd. R. 1304. §. 100. (Gaupp 303). Rupr. II. 69. Schöff. Urth. Wasserschleben I. 85. c. 34. is darff (braucht) keyn gast noch wirt phand nemen von eynem gaste vor bekante schult.

92) Lüb. R. (Hach III) 370. Verden Stat. 42. (Pufend. App. I. 92). Augsb. R. (Freyberg) 130. mit dem Zusatze S. 134, daß der Hauptschuldner dem Gläubiger nicht Immobilien als Pfand aufdrängen kann, so lange der Bürge noch fahrende Habe besitzt.

93) Magd. Fr. II. 2, 18.

Digitized by Google

ſeines Schuldners nicht habe zu ſeiner Befriedigung benutzen dürfen[94]). Sie werden nur deßhalb unter den Exekutionsobjekten nicht erwähnt, weil das Vorſchreiten des Gläubigers gegen den Schuldner ſeines Schuldners als ein ſelbſtſtändiges Verfahren, nicht als ein Akt der Exekution gegen den Letztern aufgefaßt wurde.

Den in dem Weſen der Schuldverhältniſſe begründeten Satz, daß der Gläubiger keinen Dritten wegen der Schuld beklagen oder gar pfänden dürfe, verkannte das deutſche Recht auch in den früheſten Zeiten keineswegs[95]). Oft genug zwar griff der Gläubiger mit Hülfe ſeines Richters ſtatt ſeines Schuldners einen Dritten an, etwa einen Mitbürger oder Hinterſaſſen des Schuldners[96]); aber in ſolchen Fällen handelte es ſich nicht um die Ausübung eines Rechtes, ſondern um einen widerrechtlichen Akt, der gefliſſentlich zu dem Zwecke vorgenommen wurde, den Schuldner indirekt zur Zahlung zu nöthigen, oder den Richter, der dem Gläubiger das Recht gegen ſeinen Schuldner weigerte, durch Repreſſalien zum Aufgeben ſeiner widerrechtlichen Haltung zu veranlaſſen. Es gab aber auch Fälle, in welchen der Gläubiger einen Dritten ſtatt des Schuldners anzugreifen das Recht hatte, ohne daß zwiſchen ihm und dem Dritten ein Schuldverhältniß, wie beim Bürgen, beſtand. Die Haftung des Dritten konnte auf einem perſönlichen Verhältniſſe zwiſchen ihm und dem Schuldner beruhen; es haftete unter gewiſſen Vorausſetzungen der Ehegatte für den Ehegatten, der Vater für das Kind, der Herr für ſeine eigenen Leute, der Verwandte für den Verwandten[97]). Die Haftung des Dritten konnte aber auch darauf beruhen, daß er Vermögensſtücke des Schuldners in Händen hatte oder ihm etwas

94) Ueber Forderungsrechte als Arreſtobjekt vgl. §. 3. Note 65.

95) L. Alam. Pact. III. 7 sq. (Legg. III. 38). Si alius pro altero pignorat ... componat. Roth. 247. Nulli leciat alio pro alio pignerare.

96) *Datt* de pace publ. I. c. 16. nr. 83 sq. Albrecht Gew. R. 300. Stobbe Vertr. 150.

97) In Ed. Roth. 247 — oben Note 95 — iſt dieſer Fall hervorgehoben: excepto illo, qui gaphans (Pfand?) esse invenitur, i. e. coheres ejus proximior.

Digitized by Google

schuldete. In diesem Fall gewährte das deutsche Recht dem Gläubiger die Befugniß, seine Forderung gegen den Dritten bis zum Belaufe des in seinem Besitze befindlichen Gutes des Schuldners oder der Forderung des Schuldners gegen den Dritten zu verfolgen. Zum Belege dieses Satzes im Allgemeinen kann ein Urtheil der Schöffen zu Magdeburg angeführt werden[98]). Als ein Gläubiger wegen seiner Forderung an den Rath von Zittau gegen einen Einwohner dieser Stadt Arrest erwirkt hatte, erklärten die Magdeburger Schöffen diesen Angriff für rechtswidrig, wenn 1. der beclagte man yn dem rate nicht ist, 2. der keyn gelt adir gut undir ym hat, das her dem rate schuldig sey, und 3. her dem cleger sundirlich nicht globit hat. Ebenso sprachen sie in Betreff des Angriffs jenes Gläubigers gegen einen andern Einwohner von Zittau wegen einer Forderung an einen dritten Einwohner dieser Stadt aus:

> wil der ander beclagte man das vórrechten, das her 1. dem burger von der Zyttau, von des wegen her beclagit wirt, nicht schuldig sey, und 2. keyne geselschafft mit ym, adir 3. seynes gutis undir ym nichten habe: domitte wirt her von dem cleger der schult ledig und los.

Derselbe Satz findet sich in einer Menge einzelner Anwendungen anerkannt. Der Gläubiger des Leiheherrn kann dessen Leihemann bis zum Betrage des rückständigen Zinses in Anspruch nehmen[99]). Der Gläubiger des Vermiethers, namentlich der Rentengläubiger wegen der auf dem vermietheten Hause lastenden Grundrente, kann sich an den Miether bis zum Belauf des rückständigen Miethzinses halten[100]). Der Dienstherr haftet dem Gläubiger des Dienstboten, soweit dessen rückständiger Lidlohn reicht[101]). Der Vater haftet dem Gläubiger des abgesonderten Kindes bis

98) Wasserschleben I. 226. c. 72.

99) Ssp. I. 54. §. 1, II. 41. §. 1. Dsp. 75. Schwsp. 83. Rupr. 58. Sächs. Lehnr. 65. §. 7. Glogau. R. 66. (Wasserschleben I. 10). Berm. Ssp. III. 4, 13. Bayr. L. R. 146. (Freyberg IV. 439).

100) Gosl. Stat. 21. Z. 24. Bremer Ord. 115. bei Oelrichs S. 134. Vgl. Jahrb. des gem. R. von Bekker und Muther IV. 493.

101) Schwsp. 203.

Digitized by Google

zur Höhe des Vermögens desselben, welches er noch in Händen hat[102]).

Nirgends wird erwähnt, daß zur Legitimation des Gläubigers dem Dritten gegenüber die vorgängige Ausklagung des Schuldners und die gerichtliche Ueberweisung der Forderung des Letztern gegen seinen Schuldner oder der im Besitz des Dritten befindlichen Sache des Schuldners nöthig gewesen wäre. Vielmehr erschien der Gläubiger ohne Weiteres zur Sache aktiv legitimirt, wenn er zeigte, daß ihm eine Forderung gegen seinen Schuldner zustehe und daß der Beklagte diesem etwas schuldig sei oder Sachen desselben in Besitz habe. Der Gläubiger machte demnach, als Repräsentant des Schuldners ohne dessen Willen, die Rechte desselben gegen den Dritten geltend. Er haftete Letzterem dafür, daß er demnächst keinen Ansprüchen des Schuldners ausgesetzt sei; diese Gewährleistung dauerte, wenigstens nach einzelnen Quellen[103]), Jahr und Tag und mußte durch Kaution sicher gestellt werden.

Das Vermögen des Schuldners konnte von den Gläubigern desselben zu ihrer Befriedigung nur in dem Umfange angegriffen werden, in welchem der Schuldner selbst es zu diesem Zwecke verwenden durfte. Die Exekution im Grundvermögen unterlag daher den Beschränkungen, welche sich aus dem Beispruchsrecht des nächsten Erben ergaben[104]). Die Exekution im Lehn war den Beschränkungen unterworfen, welche aus den Pflichten des Lehnsmanns gegen den Herrn entsprangen[105]). Fremde Sachen im Besitze des Schuldners, welche er nicht veräußern durfte, konnten von seinen Gläubigern nicht zur Exekution gezogen werden. Diesem dem einfachsten Rechtsgefühl unmittelbar einleuchtenden Satze ist auch für das ältere deutsche Recht nicht blos partikuläre[106]), sondern allgemeine[107]) Geltung zuzuschreiben. Wenn

102) Schwsp. 178.

103) Bayr. L. R. 277. (Freyberg IV. 479). Münch. St. R. 17, 62.

104) Davon handelt Lewis Succ. des Erben in Obl. S. 46 ff., S. 64 ff.

105) Richtst. Lehnr. 17, 18.

106) Albrecht Gew. S. 92.

107) *Budde* de vind. rer. mob. p. 51. Wilda in Zeitschr. f. D. R. I. 226.

Digitized by Google

solche Sachen gleichwohl in die Exekution hineingezogen wurden, sei es daß der Schuldner sie nicht als Eigenthum eines Dritten angab oder daß seiner Behauptung nicht geglaubt wurde, so konnte der Eigenthümer der gepfändeten Sache, abgesehn von dem ihm etwa zustehenden Regreß gegen den Schuldner, sein Eigenthumsrecht gegen den Pfandnehmer oder denjenigen, an welchen das Pfand veräußert war, geltend machen. Ob im Exekutionsverfahren eine Präklusion derjenigen Eigenthumsansprüche eintrat, welche auf ein öffentliches Aufgebot nicht angemeldet wurden, wird weiter unten zu erörtern sein. Aber auch außerdem ergab sich eine Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Immobilien durch den Eintritt der rechten Gewere[108]), bei Mobilien durch den Grundsatz Hand muß Hand wahren. Die Anwendung dieses Grundsatzes auf den Fall, daß die geliehene, versetzte oder sonst anvertraute Sache dem Besitzer abgepfändet wurde, bedarf einer Erörterung, weil verschiedene Rechtsquellen sich darüber verschieden äußern.

Nach dem Rechte des Sachsenspiegels und verwandter Rechtsquellen unterliegt es keinem Zweifel, daß die Eigenthumsklage gegen den Pfandnehmer oder den Käufer der gepfändeten Sache ausgeschlossen war, und nur darüber kann man streiten, ob die Ausschließung derselben alsbald nach der Pfändung oder erst dann eintrat, wenn die gepfändete Sache dem Gläubiger vom Gerichte zum Verkauf übergeben oder bereits verkauft oder dem Gläubiger als Eigenthum zugesprochen war. Das Goslarsche Recht[109]) scheint abzuweichen, indem es dem Gaste, welcher Eigenthümer der gepfändeten Sache ist, gestattet sich zu derselben zu ziehen, nachdem der Gläubiger sie nach vorgängigem Aufgebot irworven hat; jedoch ist es zulässig, dies auf den Fall zu beziehen, wo der Schuldner, dem die Sache abgepfändet worden, durch eine dem Grundsatz Hand wahre Hand nicht unterliegende Erwerbsweise in den Besitz derselben gelangt war. Wo dieser Grundsatz dahin abgeschwächt war, daß der Eigenthümer die

108) Z. B. Michelsen Lüb. Oberhof. No. 232.
109) Gosl. Stat. 66. Z. 27. Vgl. unten Note 171.

Digitized by Google

Sache dem dritten Beſitzer gegen Erſatz des von ihm dafür bezahlten Kaufgeldes oder Pfandſchillings abfordern könne, galt ein Gleiches auch von abgepfändeten Sachen [110]).

Süddeutſche Rechtsquellen dagegen geſtatten dem Eigenthümer die Vindikation gegen den Pfandnehmer oder Käufer der gepfändeten Sache, wenn er nicht ausdrücklich oder durch wiſſentliches Zulaſſen der Pfändung ſtillſchweigend darauf verzichtet hat. Das bayeriſche Landrecht [111]) entſcheidet, daß wenn ein Dritter die Herausgabe des Pfandes mit der Behauptung fordert:

daz guot ist mein oder mein pfant und han umb die chlage nichtz gewest und ist mir auch nie kunt getan alz recht is

nach eidlicher Bekräftigung dieſer Behauptung dem Antrag ſtattzugeben ſei:

dez sol er geniezzen und sol sein (des Gläubigers) chlage und sein recht ab sein, daz er vor behabt hat.

Womit das Münchener Stadtrecht [112]) übereinſtimmt, indem es ferner anerkennt, daß die Klage auch noch nach dem Pfandverkaufe gegen den Käufer ſtattfinde.

Fragt man nach dem Grunde dieſer Verſchiedenheit zwiſchen dem ſächſiſchen und ſüddeutſchen Rechte, ſo könnte man denſelben darin finden wollen, daß der Schwabenſpiegel und die ihm verwandten Rechtsbücher die Regel Hand wahre Hand überhaupt

110) Lüb. R. (Hach II.) 194. Ein jewelic mensche se, weme he sines dinghes oder ghudes wat lene. Wante cumt it so, dat de, deme it ghelenet is, verkoft oder vorsettet *unde ofte it bekummeret wert* ... de deme andern dat ghelenet hevet, de is plichtich it to losene, ofte het weder hebben wil.

111) Art. 232 (Freyberg IV. 465). Die Stelle iſt wie die vorhergehenden und nachfolgenden Artikel von der gerichtlichen Pfändung zu verſtehn; ſie ſteht im Titel super jure pignorationis.

112) Art. 191. Chaem auch jemant an enen, dem ez geliehen ist, und wolt im daz guot nemen mit dem rechten umb gelt, so sol ez ener versprechen, des aigen ez ist. Waer auch, daz ez *mit fronboten auz wurd getragen .. und verchauft,* und daz er ez nicht verspraech, *ob er ez west,* so mag der, des ez gewesen ist, nicht mer darnach gesprechen; doch chümpt er wol an enen, dem er ez gelihen hat. Vgl. Bayr. Lbr. ed. Heumann 153.

Digitized by Google

nicht anerkennen, sondern sich darauf beschränken, die Frage zu entscheiden, ob, wenn dem ersten Empfänger die Sache wider seinen Willen abhanden komme, die Klage gegen den dritten Besitzer ihm oder dem Eigenthümer der Sache zustehe[113]). Es ist aber nicht zuzugeben, daß der Grundsatz Hand wahre Hand im Schwabenspiegel aufgegeben sei. Es heißt Schwsp. 222:

Swelh man dem andern ein pherit oder ein gewant oder dehein varende gut setzet oder lihet mit sinem willen, so hat jener reht daran, in dez gewalt ez also komet.

Diese Stelle muß aus Ssp. II. 60. §. 1. erklärt werden, wie schon von ältern Auslegern[114]) freilich unter mißverständlicher Erklärung beider Stellen geschehn ist. Die Stelle des Sachsenspiegels, welche im Dsp. im Wesentlichen unverändert wiedergegeben ist[115]), wird auch im Schwsp. 222. ohne Veränderung des Sinnes, aber in einer bis zur Undeutlichkeit verkürzten Fassung wiederholt. Unter demjenigen, in dez gewalt ez also komet, kann nicht der Entlehner oder Pfandbesitzer verstanden werden; auf ihn bezogen wäre der Ausspruch: so hat er recht daran nichtssagend oder falsch, je nachdem man unter recht das ihm durch das Leihen oder Setzen eingeräumte oder ein anderes größeres Recht verstände. Auf den dritten Besitzer aber bezogen, in dez gewalt ez *also*, nämlich von dem Entlehner oder Pfandbesitzer, komet, hat der Ausspruch, er habe recht daran, den guten Sinn, daß der dritte Besitzer den Anspruch des Eigenthümers mit dem Satze Hand wahre Hand und den Anspruch des Entlehners oder Pfandbesitzers unter Berufung auf das mit ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft abweisen kann. Der Grundsatz Hand muß Hand wahren ist im Schwabenspiegel nicht allein ebenfalls anerkannt, sondern es ist ihm sogar eine weitere Anwendung

113) Dies behauptet Rückert Unters. über das deutsche Sachenrecht 1860. S. 224.

114) *Schilter* Exerc. XXV. §. 7. *Senkenberg* Corp. J. Germ. II. 1. p. 296.

115) Art. 176. Die Worte der ez verlougent oder verseit hat sind offenbar verschrieben statt: der es verlehnt oder versetzt hat. Ueber einen selbstständigen Zusatz des Dsp. s. unten Note 119.

gegeben, als in sächsischen Rechtsquellen, indem in einigen Fällen, in welchen diese annehmen, daß die Sache sich noch im Gewahrsam des Eigenthümers befinde, der Schwabenspiegel und verwandte Rechtsquellen die Sache als in fremdem Gewahrsam befindlich ansehen und folglich dem Eigenthümer die Klage gegen den dritten Besitzer versagen, welche das sächsische Recht zuläßt[116]). Während der Schwabenspiegel übereinstimmend mit Letzterem Sachen, welche sich im Gewahrsam eines unabgesonderten minderjährigen Kindes oder eines Dienstboten befinden, als noch im Gewahrsam des Hausvaters oder Dienstherrn befindlich ansieht, behandelt er abweichend von sächsischen Stadtrechten die einem Handwerker zur Verarbeitung oder einem Depositar zur Aufbewahrung übergebenen Sachen als in fremdem Gewahrsam befindlich[117]).

Die Verschiedenheit, welche hinsichtlich der Vindikation gepfändeter Sachen zwischen den sächsischen und süddeutschen Rechtsquellen obwaltet, scheint darauf zu beruhen, daß der Fall des unfreiwilligen Besitzverlustes des ersten Empfängers in beiden verschieden behandelt wird. Die sächsischen Rechtsquellen bringen den Satz Hand wahre Hand sowohl dann, wenn der erste Empfänger sich der Sache freiwillig entäußert, als auch bei unfreiwilligem Besitzverluste gleichmäßig zur Anwendung[118]). Der

---

116) Bruns Recht des Besitzes 318.

117) Schwsp. 228. 230. Rupr. 149. Münch. St. R. 177, 191. und Bayr. L. R. 152. (Heumann). Auch die Stelle des Augsb. R. 136. (Freyberg) 393. (Walch), in welcher Bruns a. a. O. eine dem sächsischen Recht entsprechende Auffassung erblickt, steht mit dem Schwsp. im Einklang. Denn die Klage auf Zahlung des Kaufgelds oder Rückgabe der verkauften Sache, welche dem Eigenthümer, dessen Sache von einer Unterkäuferin in seinem Auftrage verkauft worden ist, gegen den Käufer zugestanden wird, ist die Klage aus dem Kaufgeschäft, welche nach deutschem Recht nach Wahl des Verkäufers auf Zahlung des Preises oder Rückgabe des Kaufobjekts gerichtet werden konnte. Vgl. Jahrb. des gem. R. von Bekker und Muther IV. 485.

118) Ssp. II. 60. §. 1. verkoft sie die, die sie in geweren hevet oder versat he sie oder verspelet he sie oder wert sie ime verstolen oder afgerovet. Hamb. R. 1270. IX. 21. Lüb. Hamb. R. (Hach III) 372.

Digitized by Google

Schwabenspiegel thut dasselbe, aber er fügt, was den letztern Fall betrifft, eine Ausnahme hinzu:

Unde ist daz mir ein guot verstolen wirt, daz min niht ist, da sol ich der klager umbe sin. *Unde stirbe ich, oder entwich ich von der klage, so sol der darnach klagen, dez ez da ist*[119]).

Diese Stelle ist verschieden verstanden worden. Man hat die Worte: so sol der darnach klagen des ez da ist auf die Kontraktsklage des Eigenthümers gegen den Erben des ersten Empfängers bezogen[120]). Diese Auslegung ist gewiß unzulässig; denn die einander entgegengesetzten Entscheidungen: da sol *ich* der klager umbe sin, so sol *der* klagen *des ez ist*, sind offenbar von einer und derselben Klage zu verstehn, welche die Kontraktsklage nicht sein kann. Eine zweite Auslegung nimmt an, dem Eigenthümer werde die Vindikation gegen den dritten Besitzer gestattet, wenn der erste Empfänger überschuldet verstorben oder mit Hinterlassung eines überschuldeten Vermögens entwichen sei[121]). Dem Eigenthümer werde die Klage gegen den dritten Besitzer unter der Voraussetzung versagt, daß er durch Regreßnahme gegen den ersten Empfänger wenn auch nicht die Sache selbst doch den Ersatz des Werths derselben erlangen könne; wenn diese Voraussetzung nicht zutreffe, indem der erste Empfänger in Schulden vertieft sterbe oder wegen Ueberschuldung um der Schuldhaft zu entgehn entweiche, so liege kein Grund vor, dem Eigenthümer die Klage gegen den dritten Besitzer abzusprechen. Nach dieser Auslegung würde die Regel Hand wahre Hand eine tiefgreifende Beschränkung erleiden. Es würde danach dem Eigenthümer die Vindikation gegen den dritten Besitzer auch dann zuzugestehen sein, wenn der erste Empfänger die Sache freiwillig

119) Den Fall des Todes und des Entweichens erwähnen die meisten Texte: Wack. 191, Senk. 253, Cod. Caes. 189, Freyb. 242, Kulm V. 33. Andere erwähnen nur den Fall des Todes, Laßb. 230, Gengl. 191, Rupr. 149 N. 20. Der Dsp. giebt Ssp. II. 60. mit dem Zusatze wieder er entrinne denne der von.

120) *Budde* de vind. rer. mob. p. 55.

Digitized by Google

veräußert und wegen Insolvenz dafür Ersatz zu leisten außer Stande ist, oder wenn der Grund des Nichtersatzes darin liegt, daß der erste Empfänger, obwohl solvent, doch zur Ersatzleistung rechtlich nicht verbunden ist. Dieser Auslegung steht entgegen, daß die Insolvenz des ersten Empfängers im Texte nicht erwähnt ist, und ferner, daß nicht die Insolvenz desselben, sondern erst die Nichtbefriedigung des Eigenthümers in Folge der Insolvenz des Ersteren den behaupteten Satz rechtfertigen würde. Eine dritte Meinung [122]) faßt den Ausspruch des Schwabenspiegels als eine Transaktion auf, durch welche dem römischen Rechte gegenüber von dem deutschen Rechte etwas nachgelassen werde. Dieser letzte Ausweg wird nicht einzuschlagen sein, so lange jener Ausspruch sich mit dem Grundsatze Hand wahre Hand in irgend einer Weise vereinigen läßt. Es bietet sich aber noch folgende Möglichkeit der Vereinigung dar. Der Schwabenspiegel handelt a. a. O. von dem Falle, daß Jemandem eine in seinem Besitz befindliche fremde Sache gestohlen wird; nach den Anfangsworten darf man annehmen, daß vom Kommodatar die Rede ist. Es wird gesagt, der Kommodatar, dem die geliehene Sache gestohlen wird, müsse sie bezahlen, er könne aber als Bestohlener die Klage auf Rückgabe der gestohlenen Sache anstellen. Daß er als der Bestohlene angesehen wird, beruht darauf, daß er die gestohlene Sache ersetzen muß, also durch den Diebstahl Schaden erleidet [123]). Es ist daher anzunehmen, daß er zur Klage nicht legitimirt ist, wenn keine Ersatzpflicht besteht. Dies ist der Fall bei den Erben des bestohlenen Kommodatars, die zwar zur Rückgabe der im Nachlaß befindlichen, aber nicht zum Ersatze der durch Diebstahl abhanden gekommenen Sache verbunden sind [124]). Das Gegentheil ist zwar von Lewis [125]) behauptet worden. Allein da die

121) Cropp in Crim. Beyträgen von Hudtwalker und Trummer II. 269.
122) Rückert a. a. O. S. 224.
123) Ssp. III. 6. §. 3. Schwsp. 259. Cropp a. a. O. 239 ff.
124) Ssp. III. 31. §. 2.
125) Succ. des Erben in Obl. S. 99. Hier sind Hamb. R. 1270. IX. 21. und Verm. Ssp. IV. 42, 14. zum Beweise benutzt. Die erste Stelle

Erben des Kommodatars, welcher die geliehene Sache durch Veräußerung unterschlägt, aus diesem Vergehn nach dem Rechte des Schwabenspiegels für Schadensersatz nicht haften, wenn der Erblasser nicht deßhalb verurtheilt war[126]), so kann noch weniger eine Verpflichtung der Erben zum Schadensersatze aus dem Vertrage hergeleitet werden, wenn dem Erblasser ein bloßes Verschulden in Beziehung auf die Entwendung der geliehenen Sache zur Last fällt. Sind nun die Erben des Kommodatars nicht legitimirt, auf Rückgabe der gestohlenen Sache zu klagen, so würde der Dieb die Frucht seines Verbrechens ruhig genießen, wenn nicht dem Eigenthümer die Klage gestattet wäre. Deßhalb läßt der Schwabenspiegel in diesem Falle ausnahmsweise die Klage des Eigenthümers gegen den dritten Besitzer zu. Ebenso auch in dem Falle, wenn der dritte Besitzer deßhalb im ruhigen Besitze der gestohlenen Sache sich befindet, weil kein Kläger vorhanden ist, indem der bestohlene Kommodatar von der Klage, d. h. ohne sie angestellt oder gehörig verfolgt zu haben, entweicht. Es ergiebt sich demnach aus Schwsp. a. a. O. der allgemeine Satz: Ist Jemandem die ihm anvertraute fremde Sache wider seinen Willen abhanden gekommen und ist er rechtlich oder faktisch verhindert, die Klage auf Rückgabe derselben anzustellen, so steht ausnahmsweise dem Eigenthümer die Klage gegen den dritten Besitzer zu. Dieser Satz leidet auch auf den Fall Anwendung, daß dem Schuldner eine ihm anvertraute fremde Sache abgepfändet wird. Unterläßt er es, dieselbe durch Zahlung seiner Schuld innerhalb der dazu offenstehenden Frist einzulösen, so steht er demjenigen gleich, der von der Klage auf Rückgabe entweicht

---

bestätigt allerdings das Gesagte, weist aber durch den Zusatz na desseme stadrechte nicht undeutlich darauf hin, daß diese Satzung dem gemeinen Landrechte nicht entspreche. In der anderen Stelle können die Worte so schie her sich czu deme irben noch sime gute vielleicht von der persönlichen Klage, gewiß aber nur von der Klage auf Rückgabe der geliehenen (dem Bestohlenen restituirten Sache), nicht aber von einer Schadensklage verstanden werden.

126) Lewis a. a. O. S. 168.

Digitized by Google

und es ist deßhalb die Klage des Eigenthümers gegen den Gläubiger oder Käufer der gepfändeten Sache in den süddeutschen Rechtsquellen zugelassen.

Das Verfahren bei der Exekution stellt sich nach verschiedenen Quellen sehr verschieden dar. Es ist ein anderes nach den älteren, ein anderes nach den jüngeren Quellen; die Abweichungen der letzteren von den ersteren bezeichnen einen Fortschritt vom unvollkommenen zu einem zweckmäßigeren Verfahren. Die Gewohnheiten der Volksstämme weichen auch bei diesem Institut von einander ab; es tritt insbesondere der Gegensatz zwischen dem sächsischen und dem fränkisch-bayerisch-schwäbischen Recht auch hier entgegen, und dieser Gegensatz scheint vorzugsweise gemeint zu sein, wenn Dsp. 92, Schwsp. 102. und Rup. 71. der von Ssp. I. 70. §. 2. abweichenden Darstellung die Bemerkung beifügen: Etwa ist gewonheit daz man anders damit wirbet. Auch innerhalb der einzelnen Stammesrechte begegnet man Verschiedenheiten, welche aus Zufälligkeiten in der Entwickelung der Lokalrechte entsprungen zu sein scheinen.

So wenig Uebereinstimmung aber im Einzelnen herrscht, so finden sich doch gewisse allgemeine Grundzüge des Verfahrens überall wieder.

Dahin gehört zuvörderst die Unterscheidung der Mobiliar- und Immobiliarexekution. Daß für diese andere Rechtsnormen als für jene sich bildeten, erklärt sich nicht blos aus der physischen Verschiedenheit des Gegenstandes und aus der im deutschen Sachenrecht durchweg herrschenden Unterscheidung der Grundstücke von der Fahrniß, sondern auch und vorzüglich aus der Geschichte des Exekutionsverfahrens[127]).

Ein zweiter Grundzug besteht in der Zerlegung des Exekutionsverfahrens in zwei Abschnitte. Der erste bezweckte nur die Sicherstellung der Befriedigung des Gläubigers, der zweite die Befriedigung selbst. In dem ersten Abschnitte des Verfahrens fand nur

127) Vgl. oben Note 72 ff.

Digitized by Google

Beschlagnahme des Exekutionsobjekts und Aufbewahrung desselben während einer durch das Gewohnheitsrecht bestimmten Frist statt, binnen welcher dem Schuldner zur Einlösung und Dritten zur Einsprache Gelegenheit gegeben war. In dem zweiten Abschnitte erfolgte die Befriedigung des Gläubigers durch das Exekutionsobjekt unmittelbar oder durch den vermittelst Versilberung desselben zu erlangenden Erlös. In der Unterscheidung dieser beiden Abschnitte gewährte das deutsche Recht dem Schuldner dieselbe billige und langmüthige Nachsicht, welche auch in andern Anwendungen, namentlich bei der Verfestung und Lehnsvertheilung, hervortrat.

I. Verfahren bei der Mobiliarexekution.

Schon in der ältesten Rechtsquelle, welche von diesem Gegenstande handelt, tritt die Trennung des ersten und zweiten Stadiums des Exekutionsverfahrens auf das Bestimmteste hervor. Jenes ist in L. Sal. L. 1, dieses in L. Sal. L. 2. dargestellt. Es ist zwar von Siegel[128]) die Ansicht aufgestellt worden, daß beide Abschnitte des Titels mit einander nicht im Zusammenhange stehen, sondern verschiedene Fälle behandeln. Zieht man aber in Betracht, daß beide zu einem Titel mit der Ueberschrift de fides factas vereinigt sind, daß die Voraussetzung des ersten Abschnitts si quis alteri fidem fecerit in der Voraussetzung des zweiten Abschnitts si quis ad placitum legitime fidem factam noluerit solvere nur vervollständigt wiedergegeben, der Inhalt des Versprechens aber in keinem von beiden Abschnitten hervorgehoben ist, so muß man der herrschenden Ansicht beipflichten, daß der zweite Abschnitt sich dem ersten dem Inhalt nach anschließt[129]). Die Trennung der beiden Stadien des Exekutionsverfahrens springt hier dadurch in die Augen, daß sie vor verschiedenen Gerichten stattfinden. Der Richter, unter dessen Leitung das

128) Geschichte des D. Ger. Verf. I. 248.

129) Ueber die von Siegel a. a. O. hierher gezogene L. Sal. LXXIV. vgl. unten §. 5. Note 21.

erstere stattfindet, ist nach L. Sal. L. 1. der thunginus, der Richter, welcher das letztere leitet, nach L. Sal. L. 2. der grafio. Unter dem grafio wollen Einige an dieser Stelle den Dorfgrafen verstehn [130]). Zieht man aber in Betracht, daß der Sprengel desselben pagus genannt wird,

verbb.: ad grafionem loci illius in cujus pago manet,

daß der grafio unter Zuziehung von sieben Rachimburgen handeln und ein Drittel der schuldigen Summe als fredum erhalten soll [131]), so kann wohl kein Zweifel darüber obwalten, daß der königliche Graf gemeint ist [132]). Die vorläufige Beschlagnahme als der minder tief in das Recht des Schuldners eingreifende und daher minder wichtige Akt war dem untern Richter, dem thunginus, überlassen, der wichtigere Akt der Befriedigung des Gläubigers durch Eingriff in das Vermögen des Schuldners dem grafio als dem höhern Richter vorbehalten.

Der erste Abschnitt des Exekutionsverfahrens wurde nach Salischem Rechte durch eine Beschlagnahme des ganzen Vermögens eingeleitet, welche mindestens dreimal acht Tage dauerte, binnen welcher Zeit der Gläubiger den Schuldner dreimal von acht zu acht Tagen mahnen sollte. Nachdem die herkömmliche vierzigtägige oder die verabredete anderweite Zahlungsfrist verstrichen war, durch deren Versäumung der Schuldner eine Geldstrafe von 600 den. = 15 sol. verwirkte, hatte der Gläubiger den Schuldner durch mannitio vor das Gericht des thunginus zu laden und hier unter Angabe der Schuldsumme seinen Antrag auf Einleitung des Exekutionsverfahrens zu stellen. Die Verfügung, durch welche der thunginus diesem Antrage entsprach, lautete:

nexti cantichio ego illum in hoc quod lex Salica habet,

worauf der Gläubiger vor Zeugen dem Schuldner gebot:

ut nulli alteri nec solvat nec pignus donet solucionis, nisi ante ille impleat quod ei fidem fecit.

130) Eichhorn Zeitschr. für gesch. Rechtsw. I. 176. Thudichum Gau- und Markverf. S. 38.

131) Vgl. Wilda Strafrecht S. 467.

132) Vgl. auch L. Rip. XXXII. 3. „judex fiscalis".

Digitized by Google

Es ist unbedenklich anzunehmen, daß der Inhalt der Verfügung, welche der thunginus in der Formel nexti cantichio erließ, und der Inhalt des Gebots, welches der Gläubiger an den Schuldner richtete, sich deckte, sei es daß der thunginus durch seine Verfügung den Gläubiger zu diesem Gebote ermächtigte, oder daß er selbst das Gebot erließ, welches der Gläubiger blos eröffnete. Hieraus ergiebt sich, daß die Verfügung nexti cantichio, wie immer man diese räthselhaften Worte sprachlich erklären mag[133]), ein Veräußerungsverbot enthielt, welches das ganze Vermögen des Schuldners betraf, soweit es nach Salischem Rechte zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden konnte (»in hoc quod lex Salica habet«). Die drei Mahnungen »admoniciones« hatten den Zweck, den Schuldner an die Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu erinnern; der Gläubiger mußte am Tage der Mahnung bis Sonnenuntergang auf die Zahlung warten »solem collocare«[134]) und der Schuldner verfiel bei vergeblicher Mahnung in eine Geldstrafe von je 3 sol.

Der zweite Abschnitt des Exekutionsverfahrens trat nach Salischem Rechte erst dann ein, wenn der erste in gesetzlicher Weise erledigt war. Daß es blos zulässig, nicht nothwendig gewesen sei, der Pfändung durch den grafio die Beschlagnahme des Vermögens vorhergehn zu lassen, könnte daraus geschlossen werden, daß letztere im Edict. Chilperici c. 7. (Legg. II. 11.) und in L. Rip. XXXII. §. 3. nicht erwähnt wird. Allein die im Edict. Chilp. l. c. enthaltene Vorschrift:

Et si inter ipsas 42 noctes nec fidem facere nec componere voluerit, tunc rogat ille, qui consecutus est, ut de legem inter 14 noctes solvat quod antea dictum est. Et si adhuc inter ipsas 14 noctes noluerit solvere, rogit inter 7 noctis

kann man ohne den Worten Zwang anzuthun auf die in der Lex. Sal. vorgeschriebene dreimalige admonicio beziehn, so daß die erste und zweite Mahnung in eine einzige zusammengezogen

133) Vgl. J. Grimm und Müllenhoff bei Waitz Sal. R. 289. Zöpfl Rechtsgesch. 879. N. 127.

134) Grimm R. A. 817. Waitz Sal. R. 159.

Digitized by Google

erscheint. Mußten aber nach dem Edikte Chilperichs diese Mahnungen der Pfändung vorausgehn, so ist es mindestens wahrscheinlich, daß dasselbe auch die Beschlagnahme des Vermögens unterstellt, nach welcher die Lex. Sal. die Fristen der Mahnungen berechnet. Die Begründung, welche für den Antrag des Gläubigers auf Pfändung verlangt wird:

tu grafio, homo ille mihi fidem fecit, quem legitime habeo jactivo admallatum in hoc quod lex Salica continet[135])

oder:

quod eum ad strudem legitimam amallatum habet[136])

ist demnach nicht blos auf die Voraussetzungen der Exekution, Geständniß, Verurtheilung oder Ungehorsam des Schuldners, sondern auch auf den gesetzlichen Verlauf des ersten Stadiums der Exekution zu beziehen und das hier erwähnte admallare aus den Worten der L. Sal. L. 1:

ad mallum [sc. thungini] eum mannire debet et sic nexti chanthichius mallare debet

zu erklären.

Der Akt der Pfändung wird folgendermaßen dargestellt[137]): auf den Antrag des Gläubigers begab sich der Graf selbst unter Zuziehung von sieben Rachimburgen nach der Behausung des Schuldners[138]), erließ an ihn, wenn er anwesend war, die Aufforderung Zahlung zu leisten oder zur Abschätzung der zur Befriedigung des Gläubigers zu verwendenden Sachen seinerseits zwei Sachverständige zu ernennen, und ließ im Beisein oder in Abwesenheit des Schuldners durch die Rachimburgen und die etwa vom Schuldner benannten Schätzer eine dem Betrage der Schuld entsprechende Anzahl von beweglichen Sachen auswählen, wobei ohne Zweifel der im geschriebenen Volksrechte enthaltene

135) L. Sal. L. 2.

136) L. Rip. XXXII. 3.

137) L. Sal. L. 2. Edict. Chilp. l. c. L. Rip. XXXII. 3.

138) Die Behauptung von Schuler-Libloy D. R. G. Wien 1863. S. 169, es sei dies wahrscheinlich nur Höhergestellten gegenüber geschehn, ist blos Vermuthung.

Digitized by Google

Tarif[139]) zur Anwendung kam. Diese Sachen wurden sodann dem Schuldner weggenommen und dem Gläubiger an Zahlungsstatt übergeben. Daß nachher dem Schuldner ein Einlösungsrecht zugestanden hätte, ist nicht erwähnt.

Wenn es im Salischen Rechte a. a. O. heißt, daß der Gläubiger zwei Drittel, der Graf ein Drittel empfange, so darf dies nicht so verstanden werden, als ob der Gläubiger zur Vergütung der ihm gewährten Rechtshülfe ein Drittel seiner Forderung dem Grafen hätte überlassen müssen. Wäre eine Exekutionsgebühr zu entrichten gewesen, so hätte dieselbe nur dem säumigen Schuldner, nicht dem schuldlosen Gläubiger zur Last fallen können, und wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers und Gerichtes nicht hinreichte, so würde nach dem wenigstens in späteren Rechtsquellen[140]) stets festgehaltenen Grundsatze das Gericht dem Gläubiger haben nachstehn müssen. Es ist aber anzunehmen, daß das dem Grafen zufließende Drittel nicht eine Exekutionsgebühr war, sondern das nach fränkischem Rechte in der Regel ein Drittel betragende Friedensgeld[141]), indem unterstellt wird, daß die Pfändung wegen einer aus compositio und fredum bestehenden Deliktsschuld stattfinde. Die Worte:

tercia parte grafio *freto* ad se recolligat; si tamen *fretus* jam ante *de ipsa causa* non fuerit solutus

lassen hierüber keinen Zweifel. Ebensowenig sind die 15 sol., welche jeder der sieben bei der Pfändung mitwirkenden Rachimburgen nach L. Rip. XXXII. 3. erhielt, als eine Exekutionsgebühr anzusehn; vielmehr scheint es sich dabei um die nach §. 1. und 2. verwirkte Buße von je 15 sol. für jeden der versäumten sieben Termine zu handeln.

Die fränkische Reichsgesetzgebung griff in die Ordnung der

---

139) L. Rip. XXXVI. §. 11. L. Sax. 66. Auch Tac. Germ. 12. equorum pecorumque numero mulctantur kann von Reduktion der Geldstrafen auf Vieh bei der Exekution verstanden werden.

140) L. Rip. LXXXIX. Capit. 817. c. 11. (Legg. I. 212). Schwsp. 102 a. Dsp. 92. Gosl. Stat. S. 53. Z. 33.

141) Wilda Strafrecht 467.

Digitized by Google

Mobiliarexekution nur inſofern ein, als ſie das Verhältniß derſelben zu der Immobiliarexekution regelte. Die Kapitularien, welche letztere einführen [142]), verordnen, daß, wenn das Grundeigenthum Jahr und Tag im Banne gelegen habe und nunmehr zur Befriedigung des Gläubigers geſchritten werde, dieſe zunächſt de rebus mobilibus quae in eadem proprietate inventae fuerint und nur hülfsweiſe de immobilibus bewirkt werden ſolle. Hierdurch wurde die Mobiliar- und Immobiliar-Exekution in ein einziges Verfahren zuſammengezogen; die missio in bannum enthielt auch eine Beſchlagnahme der auf dem Grundſtück befindlichen Mobilien, auch bezüglich der letztern mußte die Friſt von Jahr und Tag abgewartet werden, nach deren Verlauf erſt das Grundeigenthum eingezogen werden konnte. Hiermit war für den Fall, daß der Schuldner kein Grundeigenthum beſaß oder der Gläubiger nur die Mobilien angriff, an der alten Ordnung der Mobiliarexekution nichts geändert.

Der Zeitraum vom neunten bis dreizehnten Jahrhundert, der im Bereiche des öffentlichen Rechts als eine Epoche des Verfalls und der Zerſetzung zu bezeichnen iſt, ließ im Privatverkehr eine Fortentwickelung des Rechts wohl zu. Wenn auch die Züge dieſer Entwickelung bei der Dürftigkeit der urkundlichen Nachrichten nicht deutlich zu unterſcheiden ſind, ſo erſcheint doch unzweifelhaft das Privatrecht am Ende dieſes Zeitraums, in den Rechtsbüchern, auf einer weit höhern Stufe der Ausbildung als im Beginn derſelben, und man wird nicht irren, wenn man dieſe Veränderung weniger einem plötzlichen Aufſchwunge als einem allmäligen ſtetigen Fortſchritte zuſchreibt. Das Rechtsbewußtſein, in den Volksrechten noch auf der Stufe der Kindheit, iſt nun zu ſeinen Jahren gekommen. Je vollſtändiger das gleichſam erziehende Eingreifen der Geſetzgebung mangelte, um ſo ſicherer iſt die Vervollkommnung des Rechtes dem allmäligen allgemeinen Kulturfortſchritte beizumeſſen. Auch das Exekutionsverfahren nahm an dieſer Entwickelung Theil. Es wurde verbeſſert, ohne

142) Vgl. oben Note 75. 76.

Digitized by Google

daß man die altherkömmliche Grundlage verließ. Das Mobiliar- und Immobiliarexekutionsverfahren schied sich, so daß nun jenes diesem vorausging; nur in einzelnen sächsischen Stadtrechten[143]) schließt sich noch in alterthümlicher Weise an den Ablauf der Zahlungsfristen unmittelbar die Immobiliarexekution. An die Stelle des allgemeinen Veräußerungsverbots trat das wirksamere Mittel der Wegnahme und einstweiligen Aufbewahrung der Mobilien des Schuldners; gerade hierdurch mußte sich die Pfändung der Mobilien von der Immobiliarexekution absondern. An die Stelle der Uebereignung der gepfändeten Sachen an den Gläubiger anstatt der Zahlung trat das dem Interesse beider Theile mehr entsprechende Mittel der Versilberung derselben durch Versatz oder Verkauf.

Es ist wahrscheinlich keine Neuerung, sondern die Sanktion eines bereits üblichen Verfahrens, wenn die Treuga Henrici R.[144]) für die Mobiliarexekution vorschreibt:

§. 15. Si aliquis in eadem jurisdictione a judice sibi justitiam de aliquo postulaverit, judex infra 15 dies sibi justitiam faciet[145]). Quod si ille non satisfecerit, ex tunc dabit judex actori auctoritatem pignorandi et illud pignus salvum tenebit per 15 dies. Quod si redemptum non fuerit, judicis auctoritas destruetur (l. auctoritate distrahetur) et pignorator suo recepto residuum restituet.

§. 16. Si autem reus in aliena jurisdictione exstiterit, auctor (l. actor) cum testimonio sui judicis ad judicem rei accedet, datis induciis ad arbitrium judicis secundum locorum distantiam. Et si ibidem satisfactionem non habuerit, cum opportunitatem habuerit, secundum formam predictam pignorabit.

143) Im Magdeburgischen und Goslarschen Rechte. Vgl. Magd. R. für Breslau §. 25. (Gaupp 235), für Görlitz §. 64. (daf. 292), Sächs. Weichb. 90. §. 2, Syst. Schöff. R. III. 2, 34. Magd. Fr. I. 6, 9, Glogau. R. 497. (Wasserschleben I. 60), Goslar. Stat. 52, 26; 53, 31.

144) Legg. II. 268. Ueber die Zeit derselben (1223 oder 1224) s. Stobbe Rsq. I. 477.

145) Durch Erlaß eines Zahlungsbefehls mit vierzehntägiger Frist (induciis datis, vgl. §. 16).

Digitized by Google

Aehnlich ist die Darstellung der Mobiliar-Exekution in den Rechtsbüchern des dreizehnten Jahrhunderts, als deren Grundlage nicht das eben erwähnte Reichsgesetz, sondern das Gewohnheitsrecht anzusehen ist. Im Sachsenspiegel ist die Hauptstelle I. 70. §. 2 [146]). Daß dieselbe, wie bereits die Glosse annimmt [147]), von dem Exekutionsverfahren handelt [148]), ergiebt sich aus dem Zusammenhange mit §. 1. Aus dem Anfange des §. 1: hevet en man geklaget uppe gut to dren dingen müssen die Worte to dren dingen in den §. 2: klaget man aver umme scult hinübergenommen werden; es handelt sich also um die Beitreibung der eingeklagten Schuld im Fall des Ungehorsams, welchem, wie oben gezeigt, die Fälle der Verurtheilung odes des Geständnisses gleichstehen. In allen diesen Fällen wird zunächst ein Zahlungsbefehl mit einer Frist von vierzehn Tagen erlassen und nach deren Ablauf mit der Mobiliar-Exekution vorgeschritten. In den Dsp. und Schwsp. ist die Hauptstelle des Ssp. nicht ohne Veränderungen übergegangen [149]).

In dem ersten Abschnitte sind folgende Handlungen zu unterscheiden:

1) Die Wegnahme des Pfandes. So lange die Pfändung zu dem Zwecke geschah, die weggenommenen Sachen alsbald dem Gläubiger statt Zahlung zu übereignen, war es natürlich, daß gehörige Besetzung des Gerichts und Anwesenheit des Gläubigers zu diesem den Prozeß erledigenden Akte verlangt wurde. Seit aber die Pfändung nur die Bedeutung einer vorläufigen Beschlagnahme hatte, erschien es unbedenklich, die Vornahme derselben einem Unterbeamten des Gerichts zu überlassen. Zwar finden sich noch in späterer Zeit Spuren, daß der Richter mit den Schöppen die Pfändung vollzieht [150]). Allein in der Regel

146) Cod. Quedl. 48. Vgl. auch Ssp. I. 53. §. 3, Cod. Quedl. 35.

147) Gl. zu Ssp. I. 70. §. 2. bei Zobel CLXV. nr. 6.

148) Ueber eine andere Auslegung vgl. unten §. 3. Note 4.

149) Dsp. 92. Schwsp. 102 b. Vgl. auch Schwsp. 81. und 304 c.; nach letzterer Stelle betrug der Frist beim Zahlungsbefehl acht Tage.

150) Ssp. ed. Zobel DXXI: so bescheide der richter dem beklagten

wird sie auf Geheiß des Richters durch den Fronboten vollzogen [151]), an dessen Statt nach Urkunden und Weisthümern auch der Ortsvorsteher handelt [152]).

2) Die Aufbewahrung des Pfandes.

Ssp. I. 70. §. 2: dat pant sal man to borge dun dries, immer over 14 nacht, of man is to borge geret. Ne gert man's nicht to borge, man sal it halden doch 6 weken unverdan.

Schwsp. 102: daz sol man behalten 8 tage unverkoufet unde unversetzet. Unde wil man uzborgen dez selbe phant, wen sol ez uzgeben untz uf das selbe zil.

Das Subjekt »man« ist nach dem Zusammenhange der ganzen Stelle das Gericht; man sal ime bieten von gerichtes halben, man sal in phanden, man sal daz phant zu borge tun oder unverdan halden. Die durch Pfändung in gerichtliches Gewahrsam gekommene Sache soll darin bleiben, wenn sie nicht vom Gericht zu borge gethan wird. Was ist unter letzterem Ausdrucke zu verstehn? Die Annahme, daß von einer Bürgschaft für Bezahlung der Schuld die Rede sei, gegen welche das Pfand habe freigegeben werden müssen [153]), ist sprachlich unzulässig, da das Pfand als das zu Borge zu Gebende bezeichnet wird; überdies stehen dieser Annahme auch sachliche Bedenken entgegen [154]). Ebensowenig ist an ein Verleihen des Pfandes zu denken, obwohl diese Erklärung sprachlich möglich wäre [155]), und unter Umständen das Ausleihen des Pfandes eine zweckmäßige Art der Aufbewahrung desselben sein würde, z. B. wenn gepfändetes Melkvieh Jemandem

zur hülffe und gehe mit seinem fronen und etlichen schöppen in des beklagten gut und pfende allda den beklagten in etwas, das der schuldt ungefehrlich werdt ist. Maurer Ger. V. 243.

151) Ssp. I. 53. §. 3. Schwsp. 81.

152) Thudichum Gau- und Markenverf. 38.

153) Albrecht Gewere S. 140. N. 305. Platner Historische Entwickelung II. 199.

154) Vgl. unten N. 369. 370.

155) Grimm R. A. 611. ze borge tuon ist mutuo dare. Ssp. III. 43. §. 2. Hamb. R. 1270. VI. 28. Lüb. R. (Hach III.) 323.

Digitized by Google

gegen Bezug der Milchnutzung zur unentgeldlichen Fütterung anvertraut würde. Da bei dem Mobiliarpfande, wie unten zu erwähnen ist, dem Gläubiger ein Nutzungs- und Gebrauchsrecht nicht zustand, so konnte dasselbe auch einem Dritten nicht eingeräumt werden. Den Schlüssel zum Verständniß geben die Stellen, welche von der Aufbewahrung eines Gefangenen von einem Gerichtstage bis zum andern handeln; den Gefangenen Jemandem zur Verwahrung anvertrauen hieß ihn zu borge tun[156]), sich zur Aufbewahrung und Wiedervorführung desselben verpflichten hieß borgen den gevangenen weder zu antwerdene[157]). Das Pfand zu Borge thun bedeutete demnach, dasselbe Jemandem, der es verlangte und die Verantwortlichkeit für rechtzeitige Wiederablieferung an das Gericht auf sich nahm, zur einstweiligen Aufbewahrung anvertrauen[158]). Der Ausdruck borgen erscheint hier in der allgemeinen Bedeutung: sich verpflichten[159]). Wem das Gericht das Pfand anzuvertrauen, und ob es sich mit einem einfachen Versprechen der Wiederablieferung zu begnügen oder eine deßhalbige Sicherheit zu fordern hatte, erwähnen die Rechtsbücher nicht. Man darf annehmen, daß in beiden Beziehungen das Ermessen des Gerichtes entschied. Am Wenigsten war es bedenklich, das Pfand einem am Rechtsstreit unbetheiligten Dritten zu übergeben. Aber es konnte auch dem Kläger oder dem Beklagten anvertraut werden. Von einem durch Pfändung genommenen und dem Kläger zu Borge gethanen Pfande scheint

156) Ssp. II. 9. §. 3.

157) Ssp. III. 9. §. 4. Vgl. L. Sal. LVIII. qui eum *sub fide habuit* in mallo praesentare debet et sic postea eum per quatuor mallos *ad suam fidem tollat.*

158) So auch Weiske in Zeitschr. für D. R. XIV. 133. Homeyer Ssp. 3. Aufl. Glossar. s. v. borg.

159) Urk. 1303. (Baur Urk. Buch des Klosters Arnsburg. 1851. S. 231). Et ad horum praemissorum observantiam (Schenkung) *per cautionem judiciariam, quae borgen vulgariter dicitur,* se astrinxerunt. Urk. 1312. (das. S. 281): *borgaverunt,* i. e. *per cautionem judiciariam, quae borgen vulgariter dicitur,* se astrinxerunt, quod praedictae curiae venditionem ratam observent ac eisdem rectam warandiam faciant.

Digitized by Google

eine Extravagante des Sachsenspiegels[160]) verstanden werden zu müssen:

Von pfant haldin. Swer des anderen wette nicht lengir haldin wil, der sal is dristunt vor gerichte brengin und ufbiten.

Dagegen unterstellt eine an Ssp. I. 70. sich anschließende Aufzeichnung des spätern sächsischen Gewohnheitsrechts[161]) als den gewöhnlichen Fall, daß das Pfand dem Beklagten zu Borge gethan werde.

Begert der beklagt das pfandt zu bürgen, so sol mans im zu bürgen geben drey 14 tage. Begert er es nicht zu bürgen, so sol es der richter selbs begern.

3) Das Aufbieten des Pfandes. Es war nicht allgemeines deutsches, aber sächsisches Recht, daß zur Versilberung des Pfandes erst dann geschritten werden durfte, wenn es aufgeboten worden war, was dreimal von vierzehn zu vierzehn Tagen gerichtlich geschah. Der Sachsenspiegel a. a. O. erwähnt zwar des Aufbietens nicht ausdrücklich, unterstellt aber offenbar die Vornahme desselben, wenn er sagt, daß das Pfand dries, immer over 14 nacht, zu Borge gethan werden solle; wenigstens ist kein anderer Grund zur dreimaligen Einlieferung und Wiederaushändigung des Pfandes ersichtlich, als die Abhaltung der drei Aufgebotstermine, und die oben erwähnte Extravagante erwähnt des Aufbietens ausdrücklich. Hiermit stimmen andere sächsische Rechtsquellen, zum Theil mit Annahme anderer Aufgebotsfristen, überein[162]).

---

160) Homeyer Extrav. Nr. 52. Die Schlußworte: so pfende her *abir* (abermals) beweisen, daß die Stelle von Pfändung, nicht vom Versatze handelt.

161) Hinter dem Ssp. Zobel DXXI. „von hülff und exekution". Vgl. unten N. 383.

162) Goſl. Stat. 67. Z. 27, welche Stelle mit Göschen S. 188. N. 3. auf vertragsmäßig verpfändete Mobilien zu beschränken kein Grund vorliegt. Magd. R. 1304. §. 73. (Gaupp 295). Sächs. Weichb. 63. Verm. Ssp. III. 14. d. 1. Schles. L. R. 364. (Gaupp S. 199). Glogau. R. 496.

Digitized by Google

Was unter dem Aufbieten zu verstehen sei, ist nicht unzweifelhaft. Jedenfalls ist damit nicht ein Feilbieten zum Verkaufe gemeint, wie die sächsischen Praktiker unter dem Einflusse des römischen Rechts annahmen[163]). Denn erst nach Ablauf des Zeitraumes von sechs Wochen, innerhalb dessen das dreimalige Aufgebot stattfinden sollte, trat der Versatz oder Verkauf des Pfandes ein. Demgemäß unterscheidet die mehrerwähnte Aufzeichnung des sächsischen Gewohnheitsrechts „von hülff und exekution" ausdrücklich die drei Aufgebotstermine von den drei Ausgebotsterminen.

Wenn nu ein pfandt in dreien 14 tagen vom schuldiger nicht gelöst wird, so ordenen die keyserrecht, dass das gut offentlich sol feyl gebotten werden drei gericht nach einander, also das es durch den fronen aussgebotten wird.

Da Aufbieten zuweilen im Sinne von Anbieten, Darbieten gebraucht wird[164]), so könnte man denken, das Aufbieten des Pfandes habe darin bestanden, daß dasselbe dem Schuldner zur Einlösung angeboten wurde. Diese Annahme wird dadurch ausgeschlossen, daß ein solches Anbieten neben dem Aufbieten erwähnt wird[165]). Aus der Darstellung des Aufbietens in Verm. Ssp. III. 17, 15. könnte man schließen, daß dasselbe nichts gewesen sei, als eine öffentliche Bekanntmachung des vorher geschehenen Anbietens zur Einlösung. Allein abgesehn davon, daß diese Stelle von der Satzung handelt, steht entgegen, daß die übrigen das Aufbieten neben dem Anbieten erwähnenden Stellen ausdrücklich annehmen, daß das Aufbieten dem Anbieten

(Wasserschleben I. 60). Leipzig. Schöffenurtheil bei Zobel DXXVIII, Zum Sechsten und bei Haltaus s. v. Aufbieten. Lüb. R. (Hach II) 160.

163) Gl. lat. ad Sp. Sax. I. 70. (Zobel CLXIV. b.): hunc textum intelligunt in practica ita, quod creditor debeat facere pignus publice exponi, postquam trinis diebus sit proclamatum, *quod est sub hasta vendere.* Philippi de subhast. p. 133.

164) Grimm Weisth. II. 493: ob jemant guter verkauffen wolt, der soll zum vogt gehen und ihme die güter ufbieten; wilt er sie dan kaufen, die macht hat er.

165) Vgl. Trummer Vorträge über Hamb. R. G. II. S. 172.

Digitized by Google

vorausgehe[166]). Aufbieten bedeutet vielmehr hier wie auch in andern Fällen, z. B. beim Verlöbniß, beim Funde[167]), bei Immobiliarveräußerungen[168]), eine Proklamation, durch welche alle Betheiligten von der Sachlage in Kenntniß gesetzt und aufgefordert werden, ihre etwa begründete Einsprache binnen der herkömmlichen Frist bei Meidung der Ausschließung geltend zu machen. Mit dieser Erklärung stimmt die Beschreibung des Hergangs überein, welche die Goslarschen Statuten enthalten[169]). Das Pfand wurde durch den Richter aufgeboten. Das Aufgebot konnte an jedem vom Richter für geeignet erachteten Orte im Gerichtsbezirk außer Kirchen und Friedhöfen vorgenommen werden. Nach dem letzten Aufgebot wurde Friede gewirkt, d. h. der angedrohte Rechtsnachtheil der Ausschließung verwirklicht. Das Aufgebot fand im Interesse sowohl des Gläubigers, als des Schuldners und etwa betheiligter dritter Personen statt. Diesen wurde durch die öffentliche Kundmachung Gelegenheit gegeben, ihre Rechte zu wahren; im Interesse des Gläubigers aber war zur Geltendmachung derselben eine peremtorische Frist gesetzt. Außer dem Schuldner selbst, welcher während der Aufgebotsfristen das Pfand durch Zahlung der Schuld lösen oder auch durch Vorbringung etwa noch zulässiger Einreden die Schuld mit rechte entreden konnte, waren betheiligt andere Gläubiger, welche in Folge früherer Beschlagnahme oder Verpfändung ein besseres Recht auf die gepfändete Sache zu haben vermeinten, und derjenige, welcher Eigenthum an der gepfändeten Sache in Anspruch nahm. Der Rechtsnachtheil, welcher die Ausbleibenden traf, war nicht der Verlust ihres Rechtes, sondern nur die Ausschließung der Einwendungen, welche sie gegen die Ausantwortung des Pfandes an den Gläubiger zum Zwecke der Distraktion erheben konnten. Hiernach waren die Wirkungen der Ausschließung andere

166) Vgl. unten Note 178.
167) Ssp. II. 37. §. 1. Richtst. Ldr. 12. §. 2. 15. §. 2.
168) Berm. Ssp. I. 31, 1.
169) S. 67. Z. 37.

Digitized by Google

für die übrigen Gläubiger als für den Eigenthümer der gepfändeten Sache. Der Gläubiger, welcher die Pfändung veranlaßt hatte, erlangte, wie unten zu zeigen ſein wird, durch die Gewelbigung und Uebergabe des Pfandes die Gewere deſſelben. Hierdurch erhielt er den Vorzug vor andern Gläubigern [170]). Dem Eigenthümer gegenüber ſchützte ihn nach ſächſiſchem Rechte der Grundſatz Hand wahre Hand; wo aber dieſer Grundſatz keine Anwendung fand, z. B. wenn eine geſtohlene Sache dem Diebe abgepfändet war, konnte die Klage des Eigenthümers auch nach dem Aufgebote und Friedewirken gegen den Pfandgläubiger oder Käufer des Pfandes angeſtellt werden.

> Goslar. Stat. 66, 27: Were en gast emme unsen borghere wat sculdich unde besette de borghere enes anderen gastes gut in dem wane, dat he wunde (wähnte) dat dat gut sin were, de eme sculdich were, unde he dat irworve mit der stat rechte von deme, under deme he dat besat hedde: dat ne scadet deme nicht, des dat gut is, of he binnen den neysten 14 nechten, alse dat besat were, nicht unworre (entwere). Wenne he aver queme, so scolde men staden, dat he sich to sineme gude toghe alse recht is [171]).

Ein Bürger hat ſeinem auswärtigen Schuldner eine Sache abpfänden laſſen, die einem andern Gaſte gehört; er hat das Pfand nach Stadtrecht erworben, d. i. nach erfolgtem Aufgebot, welches bei Gäſten ausnahmsweiſe nur einmal mit vierzehntägiger Friſt ſtattfand [172]); deſſen ungeachtet kann der Eigenthümer, der ſich binnen dieſer Friſt nicht gemeldet hat, ſich zu ſeinem Gute ziehen.

In andern als ſächſiſchen Rechten begegnet man dem Aufbieten des Mobiliarpfandes nicht. Die hier für die Aufbewahrung und das Ausborgen des Pfandes gegebene Friſt von acht oder

---

170) Vgl. unten §. 9.

171) Die Beweiskraft dieſer Stelle für die vorliegende Frage wird dadurch nicht geſchwächt, daß ſie vom Arreſte handelt; vgl. §. 3. N. 69. Vgl. auch oben Note 109.

172) Gosl. Stat. 67. Z. 30.

Digitized by Google

vierzehn Tagen ist so kurz, daß von einem dreimaligen Aufgebot innerhalb derselben keine Rede sein kann[173]).

4) Das Anbieten des Pfandes zur Einlösung. Ein weiteres Erforderniß, welches vor der Versilberung des Pfandes beobachtet werden mußte, bestand darin, daß der Gläubiger den Schuldner in seiner Wohnung »zu haus und zu hof« zur Einlösung des Pfandes aufzufordern und eine bestimmte Frist nach dieser Aufforderung abzuwarten hatte. Man findet dies Erforderniß vorzüglich in den Rechtsquellen aufgestellt, welchen das öffentliche Aufbieten des Pfandes unbekannt ist. Der Zweck des Aufgebots, dem Schuldner zur Einlösung und Dritten zur Wahrung ihrer Rechte am Pfande Gelegenheit zu geben, wurde hier ohne Rücksicht auf die Rechte Dritter wenigstens dem Schuldner gegenüber durch das Angebot erreicht. Ließ er die Frist verstreichen, so verlor er das Recht, durch Einlösung den Verlust des Pfandes abzuwenden. Das Anbieten wird bald als ein unter Mitwirkung des Gerichts[174]), bald als ein vor Zeugen[175]) vorzunehmender Akt, bald ohne nähere Angabe über die Form erwähnt. Die Fristen findet man gewöhnlich in der Weise bestimmt, daß das Pfand zunächst acht Tage aufzubewahren, sodann zur Einlösung anzubieten und hierauf während weiterer acht Tage zu verwahren sei.

Augsb. St. R. S. 131: Sint daz beslozeniu phant, die sol man aht tage gehalten unde sol sie danne jenen anebieten mit gerichte, daz ers inr aht tagen loese. .. Daz selbe reht ist auh, ob man im antwortet ros oder rinder oder swelherleie ezzendiu phant ez sint.

Stäfner Oefnung §. 38. (Grimm Weisth. I. 48): Welher einem pfand gilt, das solt liegen acht tag in dem hoff, und sol mans dann erbietten, und sol dann aber acht tag ligen, dann mag es einer verkoffen.

Bayr. Landr. 234. (Freyberg 466): Antwurt man einem

173) Ueber die Vindikation gepfändeter Mobilien vgl. oben N. 111, 112.
174) Augsb. St. R. S. 131. (Freyberg).
175) Lüb. R. (Hach II.) 160. Note 14.

Digitized by Google

schreinpfant, die sol er behalten 14 tag in dem gericht und sol si jenem anpieten, ob er si loesen welle, ze haus und ze hof und sol si dann verchauffen[176]).

Der Schwabenspiegel[177]) erwähnt zwar des Anbietens nicht und redet nur von einer einmaligen Frist von acht Tagen; er kann aber mit den angeführten Rechtsquellen in Einklang gebracht werden, wenn man annimmt, daß er das Anbieten zur Einlösung binnen einer zweiten Frist von acht Tagen stillschweigend unterstelle.

Obschon es als Regel hingestellt werden kann, daß diejenigen Rechte, welche das Aufbieten des Pfandes verlangen, das Anbieten desselben zur Einlösung nicht fordern und umgekehrt, so fehlt es doch nicht an zahlreichen Abweichungen von dieser Regel. Sächsische Rechte kennen das Anbieten neben und nach dem Aufbieten[178]). In andern, namentlich in fränkischen Rechtsquellen wird nur eine vierzehntägige Aufbewahrung des Pfandes ohne Aufbieten und Anbieten gefordert[179]); in diesen findet sich anstatt des Anbietens vor dem Verkaufe eine nach dem Verkaufe beginnende Einlösungsfrist[180]).

Betrachtet man die bisher unter 1 bis 4 im Einzelnen dargestellten Handlungen in ihrem Zusammenhange, so ergiebt sich

---

176) Vgl. ferner München. St. R. 197. Bamberg. St. R. 63: Ob man im pfanndt dofur antwort, die soll der clager behallten und dozu vodern die zu lesen als recht ist.

177) Schwsp. 81: wen sol daz phant behalten 7 tage; der ez danne nut enlöset, so sol man ez versetzen oder verkouffen. Schwsp. 102, b. Dsp. 92. Rupr. 71.

178) Verm. Ssp. III. 14, 1: so schol er es *ufbiten* dry 14 tag, dornoch sal er es jeme *anbieten* mit wissentschaft 2 ingesessen manne in dem gerichte. Leipziger Schöffen-Urtheil bei Haltaus s. v. Aufbieten: durch 2 nachtbure abwendig und nidenwendig anbieten. Lüb. R. Cod. Uff. (Hach II. 160. R. 14): de schal dat to 3 recht daghen *upbeden;* wen id vorvolghet is, so schal me id na holden 14 daghe unde *beden id* eme denne tho hus unde to have mit 2 vramen borgheren. Prag. St. R. 119 (Rößler 74).

179) Frankf. Schöffengerichts-O. 14 (Thomas Oberhof S. 274). Frankenberg R. (Schmincke Mon. Hass. 740). Grimm Weisth. II. 428, 536.

180) Vgl. unten N. 224, 225.

Digitized by Google

für den ersten Abschnitt der Mobiliarexekution nach sächsischem Rechte die Dauer von 6 Wochen 3 Tagen, welche durch die in Zwischenräumen von 14 Tagen auf einander folgenden Aufgebotstermine ausgefüllt wird, nach den übrigen Rechtsquellen die Dauer von 14 Tagen, deren Mitte das Angebot zur Einlösung bezeichnet. Aus besondern Gründen wurde aber dieser Abschnitt des Verfahrens abgekürzt oder ganz übergangen. Entweder weil das Pfand zu einer längern Aufbewahrung sich nicht eignete; aus diesem Grunde durften essende Pfänder, wenn sie nicht zu Borge gethan wurden, alsbald [181]) oder nach Verlauf einer Nacht (über Quernacht [182]) verkauft oder wenigstens alsbald vorbehaltlich des nachfolgenden Aufbietens dem Gläubiger ausgehändigt werden [183]). Oder weil die persönlichen Verhältnisse des Gläubigers ein beschleunigtes Verfahren erheischten; aus diesem Grunde wurde, wenn der Gläubiger ein Fremder war, der Verkauf des Pfandes alsbald [184]) oder nach einmaligem Aufgebot [185]) gestattet. Oder weil man dem Schuldner wegen des Schuldgrundes oder wegen der Art seiner Vertheidigung die im Allgemeinen den Schuldnern gewährte Nachsicht versagte; der erstere Gesichtspunkt trat bei Bußen und Wedden [186]), der zweite bei den mit Notrecht gewonnenen Schulden ein [187]). Oder endlich weil der

181) Bayr. L. R. 233: so mag er dieselben essenden pfant verchauffen, so er aller paldest mag. Münch. St. R. 197.

182) Frankfurt. Schöffengerichts-O. a. a. O. (Note 161): sint iz essende phande, die sal er nit lenger dann uber nacht halden. Frankenberg. R. (das.) oder die detwersnacht, d. i. obir die andern nacht. Prager St. R. 119. (Rößler 75) an dem dritten tag.

183) Leipz. Schöff. Urth. bei Zobel Sſp. 528.

184) Schwsp. 81, 304 c.: ze haut. Glogau. R. 522. (Wasserschleben I. 63) czu handis.

185) Goslar. Stat. 67. Z. 32. vgl. mit Z. 27, wo die dre daghe die drei Aufgebotstermine bezeichnen.

186) Sſp. I. 53. §. 3.

187) Glogau. R. 506. (a. a. O. I. 61). Auch in anderer Hinsicht wurde der Schuldner strenger behandelt, wenn der Gläubiger die Schuld mit Notrecht gewinnen mußte. Magd. R. 1304. § 64. (Gaupp 292), Leipz. Schöff. Urth. bei Zobel Sſp. 527. b. zum andern.

Digitized by Google

Schuldner auf den gewöhnlichen Aufschub der Exekution verzichtete, sei es bei Eingehung des Schuldverhältnisses[188]), sei es bei Eintreibung der Schuld. Eine Erklärung dieses Inhalts war das Borgen- und Dachdingsauftragen des Lübischen Rechts. Es wird seit der Abhandlung Hagemeisters[189]) allgemein angenommen, daß darunter ein Verzicht des Schuldners auf die Stellung von Bürgen und auf eine Verhandlung über die Herbeischaffung einer Kaution zu verstehn sei. Es kann aber darunter auch der Verzicht auf das im Exekutionsverfahren übliche zu borge tun und die Aufgebotstermine (Tagedinge) verstanden werden. Diese in sprachlicher Hinsicht ebenso zulässige Auslegung ist aus materiellen Gründen vorzuziehn. Das Borgen- und Dachdings-Auftragen, welches nicht blos in dem gewöhnlich allein beachteten Falle vorkam, daß ein Ehemann mit Hinterlassung einer beerbten Wittwe in Schulden vertieft starb[190]), sondern einem jeden Schuldner frei stand[191]), gewährte dem Schuldner gegen Aufgebung gewisser Rechte gewisse Vortheile. Bediente die Wittwe sich desselben in dem angegebenen Falle, so bestand der Vortheil darin, daß sie die Verbindlichkeit, für die Schulden des Mannes persönlich und mit ihrem künftigen Vermögen aufzukommen, von sich abwandte[192]). Bediente ein sonstiger insolventer Schuldner sich desselben, so bestand der Vortheil darin, daß er nicht mit Person und Vermögen haftete, sondern nur mit der Person oder dem Vermögen nach Wahl des Gläubigers, der sich darüber im nächsten Gerichtstage zu erklären hatte[193]).

188) Schles. Ldr. 364. (Gaupp 199). Dirrordirt abir eyn man gelt, das im wordin solde sin *ane hindirnisse und ane gezog*, wen her dovor phendit, so mak her di phant vorkeufin czu hant. Glogau. R. 505. (a. a. O. I. 61).

189) Zeitschr. f. gesch. R. W. III. 175. Vgl. Hasse das. IV. 109. Eichhorn St. und R. G. III. §. 456. Anm. Pauli Abh. II. 227.

190) Lüb. R. (Hach) IV. 61.

191) Lüb. R. (Hach) II. 200. R. 1. Vgl. Brokes II. 258, III. 148. Kolle 68.

192) Pauli a. a. O. S. 230.

193) Vgl. die in Note 191 angef. Stellen.

Digitized by Google

Der Verzicht des Schuldners, welcher gleichsam dessen Gegenleistung für jenen Vortheil bildete, konnte sich nicht auf die Befugniß, Bürgen zu stellen, beziehn; denn die Stellung von Bürgen war für den Gläubiger vortheilhaft und der Verzicht auf dieselbe keine dem Letztern gemachte Konzession. Ein solcher Verzicht gewährte dem Gläubiger auch nicht bezüglich der Exekution gegen den Schuldner Vortheile. Die Exekution im Vermögen konnte der Schuldner durch Bürgenstellung ohnehin nicht abwenden[194]). Die Schuldknechtschaft konnte zwar durch Stellung von Bürgen abgewendet werden[195]), aber wenigstens bei der Wittwe bedurfte es keines Verzichts auf Bürgschaftsleistung, um die Schuldknechtschaft auszuschließen; denn gesetzt auch, die im Hamburger Recht[196]) ausgesprochene allgemeine Befreiung der Frauen von derselben hätte nach älterem Lübischem Rechte nicht bestanden[197]), so haftete doch die Wittwe für die Schulden des Mannes nur mit dem während der Ehe seiner Herrschaft unterstellten Vermögen, nicht aber persönlich, also auch mit dem Erwerbe durch ihre Arbeit so wenig, wie mit anderem nachehelichem Erwerbe. Bezieht man den Verzicht des Schuldners dagegen auf das Recht desselben, zu verlangen, daß die Exekutionsobjekte nicht sogleich zur Befriedigung des Gläubigers verwendet, sondern zunächst aufbewahrt und zu borge gethan und sodann dreimal aufgeboten werden, so bestand die Konzession, welche der Schuldner dem Gläubiger vermittelst des Borgen- und Dachdingsauftragens machte, darin, daß er die Exekutionsgegenstände, auf welche der Gläubiger Anspruch machen konnte, ihm unbedingt und sofort zum Zwecke seiner Befriedigung zur Verfügung stellte. Der erste Abschnitt des Exekutionsverfahrens wurde hiermit zu Gunsten des Gläubigers übersprungen. Uebrigens führt die hier angenommene Auslegung des fraglichen Aktes in Ansehung der Wirkungen desselben zu keinem andern Ergebniß, als die bisher übliche.

194) Vgl. unten N. 314 ff.
195) Ssp. III. 39. §. 1.
196) Hamb. R. 1270. IX. 13.
197) Wie *Laspeyres* D. de deb. conjug. Hal. 1857. p. 36. annimmt.

Digitized by Google

Der zweite Abschnitt der Mobiliarexekution wird in einer Menge von Rechtsquellen in wesentlicher Uebereinstimmung so dargestellt, daß der Gläubiger das Pfand, nachdem es ihm vom Gerichte zu diesem Zwecke überantwortet (geweldigt) worden war, versetzte oder verkaufte und sich aus dem Pfandschilling oder Kaufgelde bezahlt machte, wenn aber weder ein Pfandnehmer noch ein Käufer sich fand, das Pfand dem Gläubiger an Zahlungsstatt als Eigenthum zugeschlagen (geeignet) wurde. Die Entwickelung dieses Verfahrens aus dem in den Volksrechten vorkommenden erklärt sich sehr einfach. An die Stelle der immer schwierigen Abschätzung des Pfandes durch das Gericht trat das bequemere und sicherere Mittel der Werthsermittelung durch Versatz oder Verkauf, bei welchem der Schuldner sich nicht schlechter, der Gläubiger aber insofern sich besser stand, als er nicht mehr genöthigt war, anstatt Geldes einen ihm vielleicht unnützen andern Gegenstand anzunehmen. Hier und da blieb übrigens das alterthümliche Verfahren in Gebrauch, so daß das Pfand dem Gläubiger nach einer Schätzung als Eigenthum zugesprochen wurde. So z. B. in den demokratischen Gebirgskantonen der Schweiz[198]) und in der Grafschaft Erbach im Odenwalde[199]). Nicht das Gericht oder der Gerichtsbote, sondern der Gläubiger mit gerichtlicher Ermächtigung nahm den Versatz oder Verkauf vor[200]). Eine Ausnahme von diesem Grundsatze ist nicht darin zu erblicken, daß der Fronbote das Pfand versetzte oder verkaufte, wenn wegen einer dem Gericht

198) Wyß in Zeitschr. für schweiz. Recht VII. 75.

199) Erbacher Landrecht IV. 2. (Beck und Lauteren 61).

200) Verm. Sſp. III. 14, 1: so vorseczte her is vor sin gelt ob er [illegible]c. Schles. Landr. 364. (Gaupp 199): unde mak si danne vorkeuffin [illegible]t der wissen vor seyn gelt. Glogau. R. 496, 522. (Wasserschleben I. 60 63). Schwsp. 304. c.: so sol im der richter ein phant geben .. und er sol daz phant zehant versetzen ob er mag etc. Kevserrecht I. 26: wer phant oder gut hat inne, daz im mit gerichte worden ist, der sal sie nit ummer halden, er sal sie virsetzin etc. Frankenberg. R. (Schmincke Mon. Hass. 739. 740). Grimm Weisth. I. 32, 137, II. 428. u. a. m.

Digitized by Google

gebührenden Wedde oder zugleich wegen einer solchen und einer dem Kläger gebührenden Buße gepfändet worden war[201]). Im Einzelnen sind in diesem Abschnitte des Verfahrens folgende Handlungen hervorzuheben.

1) Die Gewe ldigung (Ausantwortung) des Pfandes. Die erstere Bezeichnung findet sich in sächsischen[202]), die zweite in süddeutschen[203]) Quellen. Bei der Vieldeutigkeit des Wortes gewalt, welches Besitz, Dispositionsrecht und Vollmacht bedeuten kann, sind auch über die Bedeutung der Gewe ldigung verschiedene Ansichten möglich. Soviel ist jedoch klar, daß weldigen in dieser Anwendung nicht blos die Aushändigung bedeutet[204]), sondern zugleich die Ermächtigung des Gläubigers, zum Zweck seiner Befriedigung mit dem Pfande wie es Pfandes Recht ist zu verfahren. Demgemäß umschreibt ein Magdeburger Schöffenurtheil[205]) diesen Akt mit den Worten:

> man sal ym dirloubin von gerichtis halbin, daz hers vorkoufe adir vorsecze vor syne pfennynge und vor redeliche kost.

Die weitere Frage, wie diese Erlaubniß zu verstehen sei, ob als die Einräumung eines Rechtes an der gepfändeten Sache, welches die Befugniß zur Veräußerung in sich schließt, oder als die Ertheilung einer Vollmacht, die Sache zu veräußern, kann erst weiter unten in einem andern Zusammenhange erörtert werden. Nach sächsischem Recht ist die Weldigung verbunden mit dem Friedewirken nach dreimaligem Aufgebot; sie erfolgt daher nach den drei Aufgebotsterminen zu deme virden dinge[206]).

2) Der Versatz des Pfandes. Unter den verschiedenen Mitteln, das Pfand zu versilbern, ist der Versatz das für den

201) Ssp. I. 53. §. 3. Schwsp. 81.

202) Z. B. Magd. R. 1304. §. 73. (Gaupp 295). Sächs. Weichb. 63.

203) Z. B. Bayr. L. R. 231.

204) Wie in Ssp. III. 5. §. 1, Richtst. Ldr. 13. §. 3.

205) Magd. System. Schöffenrecht III. 2, 75.

206) Vergl. die in Note 202. angeführten Stellen. Daß die Weldigung und das Friedewirken zwei getrennte Akte sind, beweist die Nebeneinandererwähnung beider in den Note 285 angeff. Stellen.

Digitized by Google

Schuldner vortheilhafteste, weil ihm das Eigenthum des Pfandes und die Möglichkeit verbleibt, durch Einlösung wieder in den Besitz desselben zu gelangen. Daher war der Gläubiger verpflichtet, zunächst diesen Weg einzuschlagen[207]). Er durfte das Pfand nicht für eine höhere Summe versetzen, als seine Forderung betrug. Eine Ueberschreitung seiner Befugniß in dieser Beziehung zog nach einzelnen Rechtsquellen Strafe nach sich[208]). Eine solche Ueberschreitung lag auch dann vor, wenn der Gläubiger das Pfand für den Betrag seiner Forderung und Zinsen von diesem Betrage versetzte. Hieraus mehr, als aus dem Mißtrauen gegen die Juden, erklärt sich das Verbot, das Pfand ohne Einwilligung des Schuldners bei Juden zu versetzen[209]). Da das Einlösungsrecht dem Schuldner zustand, nicht dem Gläubiger, welcher nach Empfang seiner Forderung weder ein Interesse noch die Befugniß hatte, das Pfand wieder an sich zu bringen, so versteht es sich von selbst, daß der Schuldner, unmittelbar oder durch Vermittelung des Gerichts, von dem Versatze in Kenntniß gesetzt werden mußte. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Schuldner und Pfandinhaber ist nach den allgemeinen Grundsätzen vom Versatzgeschäfte zu beurtheilen; es findet sich keine Spur einer Abweichung von denselben in dem hier in Frage stehenden Falle der Satzung.

3) Der Verkauf des Pfandes. Unter dem Pfandverkaufe des ältern deutschen Rechtes darf man nicht eine gerichtliche Auktion oder Subhastation verstehn. Nicht das Gericht verkaufte, sondern der Gläubiger. Es war nicht nöthig, daß der Verkauf an Gerichtsstelle bewerkstelligt wurde. Zwar findet sich hier und

207) Ssp. I. 70. §. 2: verkopen of man't dar vore nicht gesetten ne mach. Schwsp. 304. c. Kevserrecht I. 26. u. s. w.

208) Mörsfelder Centweisthum (Grimm I. 489): Von rügen, so in eine frevelbuss erkandt ... werden. Zum neunten, welcher sein pfand höher versetzet, dann sein hauptgeld, so darauf stehet, sich erstrecket.

209) Schwsp. 81. Verm. Ssp. III. 14, 4, vgl. mit 1 und 2: Es en mag nymand phant in dy jodden setzen uf wucherschaden, is en sy denne gewillekort. Das Bamberg. St. R. 291. läßt Versatz bei Christen und Juden zu.

Digitized by Google

da die Sitte, Pfänder, namentlich essende Pfänder, bei der Gerichtssäule, to dem sticken, zu verkaufen[209a]). Gewöhnlich aber wurden die Pfänder auf dem Markte an einem Markttage verkauft[210]), oder in einer anderen als zweckmäßig erscheinenden Weise, z. B. indem der Gläubiger das gepfändete Vieh im Gerichtsbezirke und wenn es hier nicht anzubringen war in den nächsten Ortschaften auf den Straßen und vor den Herbergen umherführen und feilbieten[211]), oder das Pfand Sonntags vor der Kirche durch öffentlichen Ausruf zum Kaufe anbieten ließ[212]). Die Form der Versteigerung an den Meistbietenden war, wenn auch nicht ausgeschlossen, doch nicht nothwendig und nicht einmal gewöhnlich. Der Gläubiger war verpflichtet, bei dem Verkaufe offen und redlich zu Werke zu gehen, daher das Kaufgeschäft vor Zeugen und so vortheilhaft als möglich abzuschließen[213]); auch war er, da der Ueberschuß des Kaufpreises über die Forderung des Gläubigers dem Schuldner zufloß, ohne Zweifel verbunden, den Schuldner, unmittelbar oder durch Vermittelung des Gerichts, von dem Abschlusse und Inhalt des Kaufgeschäfts in Kenntniß

209a) Grimm R. A. 619: an der saulen. Weisth. II. 51. item hat die gemeyn eyn frye suelle, phende dar aen zu verkeuffen. Urk. 1447 (Rost. Wöch. Nachr. 1827. Beil. S. 168) de pande drieven tho Güstrow in und verkopen to dem sticken, alse sticken recht ys. Daher „Stickpfande", Meckl. Pol. O. 1572. Tit. X; van sticken borgen im Rüg. Landgebr., Zeitschr. f. D. R. XII. 262.

210) Schles. Landrecht 364. (Gaupp 199): an dem ersten marketage. Glogau. R. 152, 505. (Wasserschleben I. 21, 61) an deme nestin margktage. Lüb. R. (Hach II) 160: darna mach he dat to markede bringhen unde vorkopent. Grimm Weisth. I. 32: an offnen merkten, 137 uf den nechsten marckht, 435 ime gerichte, d. i. im Gerichtsbezirke, offentlichen veylbieten.

211) Bayr. L. R. 235. (Freyberg IV. 466). Frankenberg. R. (Schmincke Mon. Hass. 739. 740).

212) Hausbrief von Bubikon §. 26. (Weisth. I. 67).

213) Schwsp. 304 c: mit gezugen. Keyserrecht I. 26: mit guter kuntschaft. Schles. Landr. 364: mit der wissin. Glogau. R. 152: mit der wissin. Bamb. R. 291: verkumern und versetzen mit gewissen. Prag St. R. 119. (Rößler 74): mit der gewissen, das ist vor 2 schepfen oder genannten oder vor dem rat.

Digitized by Google

zu setzen[214]). Die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten aber stand nicht unter amtlicher Aufsicht des Gerichts, sondern es war dem Schuldner überlassen, sein Interesse wahrzunehmen und nöthigenfalls Anträge bei Gericht zu stellen. Insbesondere konnte er von dem Gläubiger die eidliche Versicherung fordern, daß er das Pfand so theuer als möglich verkauft habe[215]).

Erst im fünfzehnten Jahrhundert beginnt der gerichtliche Verkauf an den Meistbietenden an die Stelle des Privatverkaufs zu treten. Es ist schwer zu entscheiden, ob diese Veränderung dem Einflusse des römischen Rechts beizumessen ist, oder ob das deutsche Recht aus sich selbst heraus zu diesem Fortschritt gelangte. Der in der Zobelschen Ausgabe des Sachsenspiegels aufgenommene Aufsatz „von hülff und execution" ist der erstern Ansicht[216]). Es ist aber nicht unwahrscheinlich, daß man, um das Gerichtszeugniß für die Redlichkeit des Verfahrens zu gewinnen, den Verkauf lieber vor Gericht als außergerichtlich vor Zeugen vornahm. Es wurden dadurch die Streitigkeiten vermieden, zu welchen das bisherige Verfahren leicht führen konnte, wenn der Gläubiger, zufrieden mit der Erlangung eines seine Forderung deckenden Kaufpreises, durch Versäumung der Gelegenheit zu vortheilhafterem Verkaufe das Interesse des Schuldners vernachlässigte.

Der gerichtliche Pfandverkauf, in Süddeutschland auch bei Mobilien die Vergantung genannt[217]), stellt sich so wenig wie der Privatverkauf als eine Versteigerung im heutigen Sinne dar.

214) Frankenberg. R. a. a. O. Unde dem das kunt lassen tun, des sie sint, wer sie gekoifft hab unde wie hohe sie verkoifft syn.

215) Lüb. R. (Hach II) 160: wil ene em des nicht vordregen, he mot dat mit sinem rechte beholden, dat he dat nicht durer geven (uthbringen) konde. Verm. Ssp. III. 14, 1: und sal seinen eid dorczu thun, das her is nicht hochir kunde usbringen.

216) Fol. DXXI. b: Und diese Form, ein verholfsen gut zu verkaufsen, ist in Keyserrechten dermaßen geordnet und heist subhas atio. Und weil man in Sechsischen Rechten nichts davon hat, muß mans also halten.

217) Oefnung von Winterthur (Grimm I. 127), von Tablatt (das. 228). Ueber die Bedeutung des Wortes vgl. Note 249.

Digitized by Google

Von Anberaumung und Kundmachung eines Versteigerungstermines, von einer im Termine durch Glockenschlag, Abbrennen einer Kerze oder dergl. bestimmten Präklusivfrist zur Abgabe von Geboten, vom Zuschlag an den Meistbietenden im Termine ist noch keine Rede. Der Gläubiger hat einen Käufer zu stellen, sich selbst oder einen Dritten. Das Gericht fordert sodann den Schuldner auf, das Pfand einzulösen oder einen bessern Käufer zu stellen. Geschieht keines von beiden, so läßt das Gericht das abgegebene Gebot öffentlich ausrufen und zur Abgabe besserer Gebote auffordern. Dem solchergestalt ermittelten Meistbietenden wird das Pfand für sein Gebot zugeschlagen. In dieser Weise findet sich der gerichtliche Pfandverkauf z. B. in einer Verordnung des Bischoffs zu Bamberg aus dem fünfzehnten Jahrhundert[218]), in schweizerischen Rechtsquellen[219]) und in dem sächsischen Gewohnheitsrecht ausweislich des oben erwähnten Aufsatzes „von hülff und execution“[220]). Auch in dieser Gestaltung des Verkaufsverfahrens erscheint noch der Gläubiger als der Verkäufer; nur ist die Fürsorge, daß das Pfand so theuer als möglich verkauft werde, nicht mehr lediglich dem Gläubiger überlassen, sondern unter gerichtliche Aufsicht gestellt. Diese Einrichtung bildet den Uebergang zu dem neueren Verfahren, bei welchem die bisher getrennten Akte in einen oder einige Versteigerungstermine zu-

218) Zöpfl Bamb. R. Urk. Buch S. 126. §§. 4, 5.

219) Zeitschr. für schweiz. Recht VII. 19, 48.

220) a. a. O. (Note 161): so ordenen die keyserrecht, das dasz gut offentlich sol feyl gebotten werden drey gericht nach einander, also das es durch den fronen ausgebotten wird, wer das gut kauffen wil, das der kome, auch unterweilen auff den markt oder auff der gemein ausserhalb gerichts .... Kompt denn ein kauffer und beut ein summa gelds dafür, so sol solche summa in gerichten ausgerufen werden, nemlich das einer vorhanden, der so viel für das gut geben wil, so jemandts wer, der da mehr darumb geben wolt, der solt oder möcht komen zwischen der zeit und dem nehsten gericht. So solch auffgebot und feylbieten also drey gericht nach einander geschicht, welcher denn am meisten darfür giebt, dem sol mans verkauffen oder ersetzen.

Digitized by Google

ſammengezogen werden und das Gericht ſelbſt verkauft, während der Gläubiger nicht mehr als Verkäufer, ſondern wenn er will als Mitbietender auftritt.

4) Die Uebereignung des Pfandes an den Gläubiger. Gelang es nicht, das Pfand zu verſetzen oder zu verkaufen, ſo blieb nichts übrig, als daſſelbe dem Gläubiger an Zahlungsſtatt zuzuſprechen. Das Pfand wurde ihm vom Gericht für ſein Geld geeignet, welcher Akt vom Weldigen zu unterſcheiden iſt[221]). Daß das Pfand dem Gläubiger auf Grund einer Schätzung zu einem beſtimmten Werthanſchlage überlaſſen wurde, iſt ſchon an ſich wahrſcheinlich, da ſowohl der Schuldner als auch der Gläubiger dabei ein Intereſſe hatte, damit nicht einerſeits ein Pfand von höherem Werthe zur Tilgung einer geringeren Schuld verſchleudert, und andererſeits der Gläubiger an Nachforderung des durch das Pfand nicht gedeckten Mehrbetrags der Schuld verhindert würde. Wie die Uebereignung des Pfandes nach denjenigen Rechtsquellen, welche die Verfilberung deſſelben durch Verſatz oder Verkauf nicht kennen, auf Grund einer Schätzung geſchah, ſo auch da, wo die Uebereignung nur als letztes Auskunftsmittel hülfsweiſe zur Anwendung kommt, wie in einzelnen Rechtsquellen ausdrücklich hervorgehoben wird[222]), in anderen zu unterſtellen iſt.

5) Die Einlöſung des Pfandes. Abgeſehn von dem Falle des Verſatzes des Pfandes, in welchem ſich das Einlöſungsrecht des Schuldners von ſelbſt verſtand, wurde der Schuldner keineswegs für berechtigt angeſehn, auch noch nach dem Verkaufe oder der Uebereignung an den Gläubiger durch Zahlung der Schuld oder Rückgabe des Kaufgeldes an den Käufer das Pfand wieder

221) Magd. Syſt. Schöff. R. III. 2, 76. Kulm. III. 106: Irvordirt eyn man des andirn erbe alzo daz ys ym *geweldegit und geeygnit* wirt vor gelt. Magd. Syſt. Schöff. R. III. 2, 105. Kulm III. 138.

222) Verm. Sſp. III. 14, 1: Kan hers aber weder vorseczen noch vorkouffen und tut sin eyd darczu, daz also sy, so neme her frome lute doby und schaczen is denne by irem eide, waz is wert sy, do behalde her is selber vor.

Digitized by Google

an sich zu bringen. Nur einzelne Rechtsquellen, welche weder das Aufbieten noch das Anbieten zur Einlösung vor der Pfandveräußerung kennen[223]), gewähren dem Schuldner ein Einlösungsrecht nach vollzogener Veräußerung. Hierhin gehört das Frankfurter Recht, welches dem Schuldner die Entschüttung (Lösung) des Pfandes binnen 14 Tagen gestattete, welche Frist von der verkundunge, d. h. der auf gerichtlichem Wege zu bewirkenden Benachrichtigung des Schuldners von der Pfandveräußerung zu berechnen war[224]). Hiermit stimmt das Recht der Stadt Frankenberg in Hessen überein[225]).

II. Verfahren bei der Immobiliarexekution.

Die älteste Norm über das Verfahren bei der Exekution in Immobilien enthalten die oben bereits angeführten Kapitularien[226]). Unter diesen erscheint das Kapitulare Ludwigs des Frommen von 817 c. 11, als das erste allgemeine Reichsgesetz über diesen Gegenstand, vorzugsweise geeignet, der Darstellung zum Grunde gelegt zu werden. Obgleich darin nur von dem Falle gehändelt wird, daß Jemand wegen eines von ihm begangenen Verbrechens belangt und ungehorsam ausgeblieben ist, so ist es doch unbedenklich, eine Vorschrift allgemeinen Inhalts darin zu erblicken, welche bei der Beitreibung von Schuldforderungen jeder Art zur Anwendung kam, der Beklagte mochte geständig, überführt oder ungehorsam sein. Namentlich kann man aus dem Schlußsatze,

223) Vgl. oben N. 179.

224) Bacul. jud. §. 86, §. 70. (Thomas S. 236, 247): Die farnde habe mag der cleger .. versetzen oder verkauffen ... und er sal daz dem, den er also gepfand hat, von stunt mit dem selben richter verkunden, die pfande zu entschuden in 14 tagen. Schöffengerichts O. 12, 14: (Thomas S. 273): und weren die usswendig lands, und man die nit wiste zu finden, so sal man mit der verkundunge aber umgeen zu 3 tagen und zu 3 sess wochen (3 Termine von sechs zu sechs Wochen).

225) Schmincke Mon. Hass. p. 739, 740: Unde wer die phande also koifft, der sal sie 14 tage halden dem zu gude, dess sie sint .... Löss hes aber binnen den 14 tagen nicht ... so sint sie des eygin, der sie hait, unde beheldet sie als sin gut.

226) Vgl. Note 75. 76.

BIBLIOTHEK MUENCHEN

Digitized by Google

welcher von dinglichen Ansprüchen handelt[227]), und aus den Vorschriften, welche hinsichtlich der Beitreibung von Zehntrückständen getroffen waren[228]), den Schluß ziehn, daß das in dem Kapitulare vorgeschriebene Verfahren sich keineswegs auf Deliktsforderungen beschränkte.

Den ersten Abschnitt des Verfahrens behandeln die Anfangsworte:

Cujuscumque hominis proprietas[229]) ob crimen aliquod ab eo commissum in bannum[230]) fuerit missa, et ille re cognita[231]), ne justitiam faciat, venire distulerit, annumque ac diem in eo banno illam esse permiserit, ulterius eam non adquirat, sed ipsa fisco nostro societur.

Der Beamte, welcher die missio in bannum verhängte, konnte kein anderer, als der königliche Graf sein. Denn wenn auch Rechtsstreitigkeiten über Schuldsachen vor andern Richtern verhandelt werden konnten, so mußte die Sache vor den Grafen gebracht werden, wenn zur Befriedigung des Gläubigers ein Grundstück in Bann zu legen oder der Schuldner in Schuldknechtschaft zu überantworten war, da nach der karolingischen Gesetzgebung über Verlust des Grundeigenthums oder der Freiheit nur vor dem Grafen oder königlichen Missus geurtheilt werden sollte.

Die missio in bannum stellt sich als ein Verbot dar, welches sich auf das Grundeigenthum und die darauf befindlichen Mobilien bezog. Der Schuldner wurde aus seinem Grundstück ausgewiesen (verbannt); die Rückkehr zog Strafe nach sich[232]). Zugleich wurde dem Schuldner die Dispositionsbefugniß in Betreff der in

227) Quod si non de alia re, sed de ipsa proprietate, quae in bannum missa fuit et per hoc in nostram potestatem redacta est, fuerat interpellatus ....

228) Capit. Langob. 803. c. 19. (Legg. I. 111).

229) Eigen im Sinne von Grundeigenthum, wie die spätern Worte: de rebus mobilibus, quae in eadem proprietate inventae fuerint, beweisen.

230) Forbannum in Cap. 785. c. 27. (Legg. I. 50).

231) d. i. nach erlangter Kenntniß von der missio in bannum, von welchem Zeitpunkte an die Frist von Jahr und Tag lief.

232) Cap. 785. c. 27. (Legg. I. 50): Si vero super bannum in

Digitized by Google

Bann gelegten Sachen entzogen; eine wider das Verbot vorgenommene Veräußerung war ungültig und wurde bestraft; der Dritte, an welchen die Sache veräußert war, mußte sie herausgeben und wurde ebenfalls bestraft, wenn er sich nicht von dem Verdachte einer wissentlichen Justizverschleppung eidlich reinigte. In dieser Hinsicht war verordnet[233]):

De liberis vero hominibus, qui in aliena potestate mobilem suum transferunt, ut causator eorum[234]) eos pignerare non possit, placet nobis, ut res eorum[235]) infiscentur, quousque venientes ad audientiam justiciam faciant. ... Qui vero illut mobilem recepit, si vero hoc sacramento probare non potuerit, quod propter justiciam alterius differendam illut non recipisset, bannum nostrum persolvat.

Die missio in bannum enthielt demnach zunächst eine Beschlagnahme. Zugleich hatte sie aber eine zweite Bedeutung; sie enthielt eine bedingte Aberkennung der in Beschlag genommenen Sache, unter der Bedingung nämlich: wenn der Schuldner sie nicht binnen Jahr und Tag durch Befriedigung des Gläubigers aus dem Banne ziehe. Geschah dies nicht, so wurde sie ihm unbedingt abgesprochen: ulterius eam non adquirat.

Die Form der missio in bannum kennt man aus den Formeln zu den Leges Langobardicae[236]). Der Graf spricht:

Hoc dicit Comes: Quod postquam etc. ... Propter hoc sit vobis cognitum quod omnes suas ipse vult proprietates mittere in bannum. Dicitis vos ita?

Nach der Antwort der Urtheilsfinder:

Domne Comes, sic dico

verfügt der Graf:

---

domum suam intrare praesumpserit, aut sol. 10 aut unum bovem pro emendatione ipsius banni componat. Cap. Lang. 803. c. 19. (Legg. I. 111): Quod si ... super ipsam wiffam suam auctoritatem (lies sua auctoritate) intrare praesumpserint, tunc a ministris reipublice in custodia mittantur.

233) Cap. 825. c. 5. (Legg. I. 251).

234) d. i. der Prozeßgegner.

235) Einschließlich der veräußerten.

236) Gl. et form. ad. Legg. Lang. 20. (Walter III. 627).

Digitized by Google

Per istum fustem et istam wantonem mitto omnes res .... in banno. Praecipite fieri notitiam

und ebenſo bei Aufhebung des Bannes:

Per istum fustem et istum wantum tollo omnes res ejus de banno. Praecipite fieri notitiam.

Als ein dem Schuldner wie jedem Dritten ſofort in die Augen fallendes ſymboliſches Zeichen, daß der Richter Hand auf das Grundſtück lege[237]), wird ein Handſchuh auf einem Stocke auf dem Hauſe aufgeſteckt. Ein anderes ſymboliſches Zeichen von gleicher Bedeutung war die wiffa[238]), welche auch in andern Anwendungen als Zeichen des Verbots vorkommt[239]), ein aufgeſteckter Strohwiſch, im Plattdeutſchen wip oder wipen genannt[240]), vielleicht das rohe Bild einer drohend emporgeſtreckten Fauſt. Die Abnahme des Zeichens bedeutete die Aufhebung des Bannes.

In dem zweiten Abſchnitte des Verfahrens, welcher eintrat, wenn der Schuldner ſein Grundſtück nicht binnen Jahr und Tag durch Bezahlung ſeiner Schuld vom Banne befreit hatte, wurde die in Beſchlag genommene Sache konfiszirt und der Gläubiger vom Fiskus durch gänzliche oder partielle Abtretung derſelben befriedigt. Das oben erwähnte Kapitulare beſtimmt in dieſer Hinſicht:

Debitum vero quod is, cujus ea (sc. proprietas in bannum missa) fuit, solvere debuit, per comitem ac ministros ejus juxta aestimationem damni de rebus mobilibus, quae in eadem proprietate inventae fuerint, his, quibus idem debitor

237) Vgl. L. Sal. L. mitto in furtuna sua manum.

238) Cap. Langob. 803. c. 19. (Legg. I. 111): domus vel casae eorum wiffentur, quousque pro ipsa decima satisfaciant. Vgl. N. 206

239) L. Bajuw. X. 18. (Legg. III. 309). Liutpr. 134, 139. Rachis 14.

240) Lüb. Burſprake 39. (Dreyer Einleit. 591) und Roſtocker Ger. O. sec. 14. (Hiſtor. dipl. Abhandlung von der Stadt Roſtock Gerechtſame. Beil. XXXI. 87): wil en en hus verfolgen ... he schal nemen den richtschriver und 2 beseten borger und *slan dar enen wip up*. In Mecklenburg nennt man noch jetzt ein Bündel Stroh oder Heu einen wipen, namentlich auch als Zeichen eines Verbots. Ueber die ſüddeutſche Form die weiffen vgl. *Merkel* ad L. Bajuw. l. c. not. 21. Vgl. auch Grimm R. A. 195, 941, Oſenbrüggen Strafrecht der Langob. S. 138.

Digitized by Google

fuit, exsolvatur. Quodsi rerum mobilium ibidem inventarum quantitas ad compositionem non sufficerit, de immobilibus suppleatur, et quod superfuerit, sicut dictum est, fiscus noster possideat. Si nihil super compositionem remanere potuerit, totum in illam expendatur.

Zunächst erfolgte eine zweite Verfügung des Beamten, als welcher hier der königliche Graf ausdrücklich genannt wird, nämlich die definitive Aberkennung der bisher nur vorläufig in Beschlag genommenen Sache und die Besitznahme für den Fiskus, welcher, da die Einziehung zugleich im fiskalischen und in des Gläubigers Interesse stattfand, als des Letztern socius bezeichnet wird: res fisco societur [241]). Es ließe sich denken, daß dieses Verfahren nur dann stattgefunden habe, wenn es sich bei einem Delikt um Einziehung des fredum für den Fiskus und der compositio für den Verletzten handelte. Daß aber dasselbe auch dann eintrat, wenn es sich lediglich um eine Privatforderung handelte, ist daraus zu entnehmen, daß auch bei dinglichen Ansprüchen die in Beschlag genommene Sache zunächst zum Fiskus eingezogen und erst von diesem dem Kläger übergeben wurde.

Quod si non de alia re, sed de ipsa proprietate, quae in bannum missa fuit, ac per hoc in nostram potestatem redacta est, fuerat interpellatus, comes in cujus ministerio eam esse constiterit, hoc ad notitiam nostram perferre curet, ut nos eandem proprietatem, quae secundum supradictum modum in nostrum dominium redacta est, per praecepti nostri auctoritatem in jus et potestatem hominis qui eam quaerebat, si sua esse debet, faciamus pervenire.

Nach vollzogener Konfiskation erfolgte sodann die Befriedigung des Gläubigers durch den Fiskus. In welcher Weise sie geschehen sollte, bestimmt das Kapitulare nur insofern, als gesagt wird de rebus mobilibus exsolvatur, de immobilibus suppleatur. Es ist kein Grund vorhanden, hierunter den Verkauf und die Verwendung des Kaufpreises zur Befriedigung des Gläubigers zu

241) Vgl. Bluhme in Jahrb. des gem. R. von Bekker u. Muther III. 221.

verſtehn[242]). Berückſichtigt man die Worte juxta aestimationem damni exsolvantur und das bei der Mobiliarexekution damaliger Zeit eintretende Verfahren, ſo iſt es wahrſcheinlich, daß die konfiszirten Sachen auf Grund einer Abſchätzung dem Gläubiger an Zahlungsſtatt zugeſprochen und überliefert wurden. Von einem Einlöſungsrechte des Schuldners dem Fiskus oder dem Gläubiger gegenüber iſt keine Rede.

Die bisher dargeſtellte karolingiſche Geſetzgebung bildet unverkennbar auch im ſpätern Mittelalter die Grundlage des Verfahrens bei der Immobiliarexekution. Einmal in die Uebung der Gerichte übergegangen gab ſie dieſem Theile des Exekutionsverfahrens ſeine Geſtalt auch dann noch, als das Andenken an die geſetzliche Grundlage der herkömmlichen Uebung verloren war. Im Einzelnen freilich traten manchfache Modifikationen ein. Der Durchgang des in Beſchlag genommenen Grundſtücks durch das Vermögen des Fiskus wich der unmittelbaren Verwendung deſſelben zur Befriedigung des Gläubigers. Anſtatt des nutzloſen Ruhens des Grundſtücks in der Hand des Gerichts während Jahr und Tag nach der Beſchlagnahme wurde eine frühere Einräumung des Nutzungsrechtes an den Gläubiger üblich. An die Stelle der Uebereignung an denſelben trat wie bei der Pfändung von Mobilien die Verſilberung durch Verſatz oder Verkauf. Alle dieſe Veränderungen laſſen das Weſen des Inſtituts unverändert und berechtigen nicht anzunehmen[243]), daß es zwei nur im praktiſchen Zweck zuſammentreffende, an ſich dagegen verſchiedene Mittel gegeben habe, gegen das Immobiliarvermögen des im Erſcheinen vor Gericht oder in Befolgung des verurtheilenden Erkenntniſſes ungehorſamen Schuldners zu verfahren: das ältere Inſtitut der Vertheilung, einer als indirektes Zwangsmittel verhängten Strafe, und das neuere Inſtitut der Pfandnahme, eines direkten Mittels zur Befriedigung des Gläubigers. Vielmehr handelt es ſich um Modifikationen des letztern Inſtituts, während das Syſtem des indirekten Zwangs ſchon in der Zeit des fränkiſchen

242) Wie Walter R. G. 2. Aufl. §. 679. N. 11. annimmt.
243) Wie von Albrecht Gew. S. 44, 154. geſchieht.

Digitized by Google

kischen Reiches antiquirt erscheint. Indem diese Modifikationen weder allenthalben noch überall in gleicher Weise eintraten, machte die durch das fränkische Reichsrecht begründete Gleichförmigkeit des Verfahrens einer bunten Manchfaltigkeit Platz, über welche nur durch Unterscheidung mehrerer Gruppen von Rechten einige Uebersicht zu gewinnen ist.

Der erste Abschnitt des Verfahrens begann überall mit der missio in bannum, welche in der deutschen Rechtssprache Fronung[244]), Verbot[245]), Kummer[246]), Sperre[247]) oder Besate[248]) genannt wird. Sie wurde noch in derselben symbolischen Weise vollzogen, wie früher. Das Aufstecken des Handschuhs (wanto, wantus, guantus, gantus, franz. gant) scheint die Bezeichnung der Immobiliarexekution als Gant, Vergantung veranlaßt zu haben[249]). Zuweilen wird ein Strohwisch[250]), gewöhnlich ein Kreuz[251]) als Zeichen der Fronung aufgesteckt.

244) Ssp. II. 41. §. 1. Dsp. 152. Schwsp. 206. Magd. R. 1261. §. 25. (Gaupp 235), 1304. §. 64. (das. 292). Sächs. Weichb. 90. §. 2. Von fro, froho der Herr, Grimm R. A. 230.

245) Bamb. R. §. 257.

246) Vgl. Note 273. Das Wort kommer, kummer, mhd. kumber, stammt wahrscheinlich vom franz. encombre = Hinderniß. Beneke Mhd. Wörterb. I. 909, Weigand Wörterb. I. 648.

247) Münch. Gantordnung Art. 1. §. 1. §. 6. bei Auer S. 223.

248) Vgl. Note 298.

249) Vielleicht verdient diese Ableitung, durch welche die Bedeutung von Zwangsverkauf als die ursprüngliche sich ergiebt, den Vorzug vor der jetzt gewöhnlichen aus dem romanischen inquantum, incanto, encans, für wie viel?, durch welche die Grundbedeutung Verkauf an den Meistbietenden sich ergiebt, dagegen nicht erklärt wird, weßhalb Gant blos den gerichtlichen Verkauf bezeichnet. Vgl. Grimm R. A. 610. Beneke Mhd. Wörterbuch I. 479. Weigand Wörterb. s. h. v. Zöpfl R. G. 879. bringt Gant mit der Formel nesti *chante* chigio (oben Note 133) in Verbindung.

250) Vgl. die in Note 240. angef. Rostock. Ger. O. und über das Strohwischrecht in Danzig Leman Kulm. R. S. 356, Neumann Wucher 249.

251) Vgl. die in Note 244. angeff. Stellen. Gl. zum Sächs. Weichb. 53. (Daniels und Gruben 372) zu eynem zeychen das das gewette gotis ist ... sint das alle richtere sizen an gotis stat ... obir die, dy got irret hat mit siner teuwir martir. Die Bekreuzigung findet sich vorzüglich in den Ländern sächsischen Rechts. Grimm R. A. 173.

Digitized by Google

Da die Fronung nichts anderes war als die missio in bannum, so hatte sie gleich letzterer sowohl die Bedeutung eines Veräußerungsverbots, als einer Ausweisung des Schuldners aus dem Besitze. Letzteres zu leugnen[252]), geben die Stellen keinen Grund ab, nach welchen der Schuldner in eine Strafe verfiel:

als ofte er uze unde yn get[253]).

Denn man kann dies von einer nicht auf das Verlassen, sondern auf das Betreten des Grundstücks gesetzten Strafe verstehen, bei welcher jeder mit Strafe zu belegende Betretungsfall ohne Rücksicht auf die Dauer des Aufenthalts durch das Ein- und Ausgehn begrenzt ist[254]). Es ist nicht allein die geschichtlich begründete, sondern auch die natürlichste Annahme, daß, wie das Mobiliarpfand durch die Pfändung, so auch das Immobiliarpfand durch die Fronung dem Schuldner entzogen und in Gewahrsam des Gerichts gebracht wurde, wodurch allein der Gläubiger völlige Sicherheit erlangte, da der im Besitze gebliebene Schuldner das gefronte Grundstück zu verschlechtern oder Zubehörungen davon abhanden zu bringen im Stande war. Offenbar geht der Schwsp.[255]) von dieser Annahme aus, wenn er sagt, daß der Richter sich durch die Fronung des Gutes für Jemandes Forderung unterwinde. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß der Richter den Schuldner in einzelnen Fällen ungeachtet der Fronung im Besitze belassen, mithin der Fronung die beschränktere Bedeutung eines bloßen Veräußerungsverbots geben konnte. Jedenfalls trat diese Ausnahme erstens da ein, wo der Schuldner berechtigt war innezusitzen, wie bei der Kündigung in Overhöre nach Goslarischem Rechte. Der Bekreuzigung des Hauses ist hier die doppelte Bedeutung beizumessen, daß sie den dem Schuldner auferlegten

252) Wie von Albrecht Gew. 45. geschieht.

253) Magd. R. 1304. §. 16. (Gaupp 276). Sächs. Weichb. 53. Magd. System. Schöff. R. III. 2, 79. Kulm. III. 109. Glogau. R. 138.

254) In der von Albrecht a. a. O. hierher gezogenen Stelle der Hildesheim. Stat. 54. (Pufendorf IV. App. 292) können die Worte: he mach dar 18 weken wesen ut eder inne nach dem Zusammenhang auf den Vogt oder den Gläubiger bezogen werden.

255) Schwsp. 206.

Digitized by Google

Hausarreſt und zugleich die Fronung des Hauſes bezeichnete, da, wenn die Vergünſtigung des Inneſitzens nach Jahr und Tag erloſch, nicht erſt zur Fronung geſchritten, ſondern das Haus ſogleich zur Befriedigung des Gläubigers verwendet wurde[256]). Das Inneſitzen des Schuldners ſtellt ſich demnach als eine Ausnahme von der regelmäßig mit der Fronung verbundenen Ausweiſung aus dem Beſitze dar. Außerdem war es ohne Zweifel zweitens dem Richter unverwehrt, den Beſitz des gefronten Hauſes dem Schuldner anzuvertrauen, wie er ſogar gepfändete Mobilien unter Umſtänden ihm zu Borge thun konnte. Drittens muß eine Ausnahme für diejenigen Rechte zugegeben werden, welche den Gläubiger durch Eintragung einer Rente auf das Grundſtück des Schuldners befriedigen[257]). Endlich giebt es Rechte, welche der Fronung eine verſchiedene Bedeutung beilegen, je nachdem der Schuldner zur Zeit derſelben ſich im Beſitz des gefronten Grundſtücks befindet oder nicht. So beſteht nach dem Murtener Recht[258]) die Sperre im erſtern Fall darin, daß der Schuldner das Haus nicht verlaſſen, im zweiten Fall darin, daß er daſſelbe nicht betreten darf.

Der weitere Verlauf des durch die Fronung eingeleiteten erſten Abſchnittes der Immobiliarexekution geſtaltete ſich verſchieden je nach dem Ziele und dem dadurch beſtimmten Verlaufe des zweiten Abſchnittes. In dieſer Hinſicht zerfallen die Rechtsquellen in zwei Hauptgruppen: ſolche, nach denen das Verfahren auf Befriedigung des Gläubigers durch Zuerkennung des gefronten Grundſtücks an Zahlungsſtatt, und ſolche, nach denen es auf Befriedigung des Gläubigers durch den vermittelſt Verſatzes oder Verkaufs des gefronten Grundſtücks zu erlangenden Gelderlös hinausläuft; jene das an das fränkiſche Reichsrecht ſich anſchließende altherkömmliche, dieſe das zweckmäßigere neuere Ver-

256) Goſl. Stat. 53. Z. 31.

257) Vgl. unten N. 301.

258) Murtner Stadtrodel §. 20. (Gaupp St. R. II. 155) protenditur ei filum ante hostium domus suae; si intus fuerit, non exibit, si extra non intrabit, et si fecerit in majori banno incidit. Murt. Freih. Brief 1377. §. 24. (daſ. 165).

Digitized by Google

fahren darstellend. Innerhalb beider Gruppen fehlt es nicht an Verschiedenheiten.

1) Der ersten Gruppe gehört der Sachsenspiegel an. Seine Nachrichten über die Immobiliarexekution sind sehr dürftig. Er behandelt nur den Fall, daß ein dem Richter schuldiges Gewedde beizutreiben ist, was dadurch geschieht, daß das gefronte Grundstück dem Schuldner aberkannt (vertheilt) und vom Richter eingezogen wird, wenn es der Schuldner nicht binnen Jahr und Tag durch Zahlung der Schuld aus der Frone zieht[259]). Auch die Richtsteige enthalten nichts, als eine Anwendung des eben erwähnten Verfahrens auf das dem Lehnsherrn gebührende Gewedde[260]). Aus diesen Nachrichten läßt sich zwar noch nicht ohne Weiteres schließen, daß dasselbe Verfahren auch dann angewendet wurde, wenn es sich um Beitreibung einer eingeklagten Schuld für den Gläubiger handelte. Da aber bei der Mobiliarexekution zwischen der Weddeforderung des Gerichts und sonstigen Forderungen kein Unterschied gemacht wurde[261]), so ist dasselbe bei der Immobiliarexekution mindestens wahrscheinlich. Nach der angeführten Stelle ist anzunehmen, daß das Gericht das gefronte Gut nach Jahr und Tag dem Schuldner aberkannte und für den Gerichtsherrn einzog, Letzterer aber den Gläubiger befriedigte. Dies Verfahren, welches dem fränkischen Reichsrechte entspricht, findet sich auch in den Goslarschen Statuten[262]):

> des huses scal sich de voghet unterwinden unde scal dem kleghere dar sine scult van ghelden. Dat it betere is, dar scal de voghet sine wedde an hebben. Is dat nicht betere dan de scult ... de kleghere scal dat hus, dat it ghelden mach, von siner scult rechnen.

Aus diesem alterthümlichen Verfahren konnte sich leicht die

259) Ssp. II. 41. Gegen die Beschränkung der Stelle auf den Fall des Ungehorsams des Beklagten erklärt sich mit Recht Walter R. G. 2. Aufl. §. 680. N. 3. Ueber Landfr. 1156. §. 3. vgl. unten §. 4. N. 29.

260) Richtst. Lehnr. 9. §. 6.

261) Ssp. I. 53. §. 3. vgl. mit I. 70. §. 2.

262) Gosl. Stat. 53. Z. 31. Wie das Gericht den Kläger vom Werthe des Grundstücks befriedigte, ist nicht gesagt; Göschen 469.

Digitized by Google

Gewohnheit entwickeln, daß das Gericht den Gläubiger durch Uebereignung des Grundstücks an Zahlungsstatt befriedigte, und daß man den Uebergang desselben aus dem Vermögen des Schuldners in das Vermögen des Gläubigers als einen unmittelbaren betrachtete. Diese Veränderung findet sich auch bereits in den Goslarschen Statuten[263]):

so scal he (der Gläubiger) sek des huses underwinnen mit gherichte unde scal sek dat laten eghenen unde vrede werken unde besitten dat alse der stat recht is. Seder der tid ne heft jene dar nicht mer an, des dat hus ghewesen hadde.

Das Verfahren von der Fronung bis zur Uebereignung füllte den Zeitraum eines sächsischen Jahres aus. Innerhalb dieses Zeitraums fanden folgende Handlungen statt:

a) Das Aufbieten des Pfandes in drei ungebotenen und drei gebotenen Dingen. Ein Leipziger Schöffenspruch[264]) giebt auf die Frage:

so einer ein pfand, das ihm willig gesatzt oder dazu ihm geholffen wird, es sey beweglich oder unbeweglich, im vogtgedinge uffbieten lest einmal, das ander, das dritte und das vierde, ob man im das denselbigen tag eigen sal, oder ob er das drey aussgelegte gerichtstag auch auffbieten sol oder nicht?

die Antwort:

das man erb und eigen an stehenden und liegenden gründen und pfandt (nämlich an solchen Gründen) in rechter gehegter dingbanck in rechter dingstadt und in offen tagen

263) Gosl. Stat. 21. Z. 5. Die Stelle handelt von rückständigem hustins. Da hierunter Leihezins verstanden sein kann, so wäre es möglich, die Stelle auf das bei der Leihe zulässige Privationsverfahren zu beziehen. Wäre dies richtig, so würde daraus auf das gewöhnliche Exekutionsverfahren nicht geschlossen werden können. Die Stelle bezieht sich aber auch auf Kaufrenten, deren Beitreibung im gewöhnlichen Exekutionsverfahren stattfand. Vgl. unten §. 5. Note 154.

264) Ssp. ed. Zobel fol. DXXVIII. Zum Sechsten. Der ausgelassene Zwischensatz: und wo einem gast ... mit recht ist ist parenthetisch.

auffgeben und bieten muss ... und man mag das einem zu eim vogtgeding, ob es wol viermal aussgebotten wird, von recht nicht eigen noch uberantworten ... doch (d. i. dennoch) müste es der, dem es gesatzt oder dem dazu geholffen würde, zu dreyen aussgelegten dingtagen vor gericht auffbieten lassen.

Hieraus geht hervor, daß das Aufgebot zuerst in drei ungebotenen, dann in drei gebotenen Dingen vorgenommen wurde. Die Bedeutung desselben ist keine andere, als bei Mobilien. Insbesondere wurde dadurch auch denjenigen Dritten, welche Eigenthum an dem gefronten Grundstücke behaupteten, zur Geltendmachung dieses Anspruchs Veranlassung gegeben. Die Wirkungen, welche die Ausbleibenden trafen, sind ebenso wie bei Mobilien zu bestimmen, nur mit dem Unterschiede, daß der Grundsatz Hand wahre Hand bei Immobilien keine Anwendung fand, dagegen bei diesen der Eintritt der rechten Gewere die Ausschließung der Ansprüche Dritter herbeiführte.

b) Die Einweisung des Gläubigers in den Besitz des gefronten Grundstücks. War mit der Fronung die Ausweisung des Schuldners verbunden, so kam das Grundstück in die Gewalt des Gerichtes. Es ist nicht zu bezweifeln, daß es dem Gerichte in diesem Falle freistand, den Gläubiger auf seinen Antrag in den Besitz desselben einzusetzen. Wenn es in dem eben angeführten Schöffenspruche heißt, das Grundstück sei erst nach beendigten Aufgeboten zu eigenen und zu überantworten, so kann dies von dem Falle verstanden werden, daß eine Ausweisung des Schuldners oder eine Einweisung des Gläubigers vor der Uebereignung nicht beantragt oder nicht bewilligt war; man kann daher daraus nicht folgern, daß es unzulässig gewesen sei, den Gläubiger schon vor der Uebereignung einstweilen in den Besitz des gefronten Grundstücks zu setzen. Die Form der Einweisung war dieselbe, welche bei freiwilliger Veräußerung von Immobilien angewendet wurde.

Irvordert ein man gelt vor gerichte und hilft yme der richter eines phandis von einem hofe und thud der kleger recht

mit dem hofe und bit der (l. den) richter, daz her en gewaldic thu sines phandiz: der richter sal den schuldiger mit der hant fure uz dem hofe und sal den kleger fure in die were[264a]).

Ob die Einweisung dem Gläubiger mit dem Besitze auch den Gebrauch und Fruchtgenuß gewährte, ist nicht unzweifelhaft. Für die Verneinung kann angeführt werden, daß von dem Lehnsherrn bei der Lehnsprivation gesagt wird, er solle nach der vorläufigen Vertheilung das Lehn ane nut unde ane gelt Jahr und Tag halten[265]). Gleichwohl sprechen für das Gegentheil, wenn auch nicht ausdrückliche Quellenzeugnisse, doch überwiegende Gründe. Die vorläufige Ueberweisung ist von der endgültigen nur darin unterschieden, daß erstere einen blos provisorischen Charakter hat; daher geht durch jene wie durch diese der Anspruch des Schuldners auf Gebrauch und Fruchtgenuß verloren. Der entgegenstehende Satz des Lehnrechts findet wohl darin seine Erklärung, daß mit Rücksicht auf die fortdauernde Verpflichtung zum Lehndienste auch die Nutzung dem Lehnsmann verblieb. Die nachher zu erwähnenden nicht-sächsischen Rechte räumen dem Gläubiger mit dem Insatze unzweifelhaft auch das Nutzungsrecht ein, und auch die weiter unten zu erwähnenden sächsischen Stadtrechte verhelfen dem Gläubiger schon vor Ablauf von Jahr und Tag zur Befriedigung.

c) Das Eigenen. Nach Ablauf eines sächsischen Jahres und stattgehabtem Aufgebote trat die Uebereignung des gefronten Grundstücks an den Gläubiger ein; die durch die Fronung nur bedingt ausgesprochene Aberkennung des Grundstücks wurde hiermit unbedingt. War das Grundstück noch nicht im Besitze des Gläubigers, so wurde es ihm nunmehr übergeben. Daß hierbei eine Schätzung des Grundstücks und Herauszahlung der Hyperocha stattfand, ist für das Recht des Sachsenspiegels nicht zu erweisen[266]).

264a) Salfeld. Stat. 151. (Walch III. 50). Vgl. Sächs. Weichb. 20. §. 1.

265) Sächs. Lehnr. 65. §. 21. Vet. Auct. II. 29. absque redditibus.

266) Ueber das in in dieser Beziehung anschauliche Freyberger Recht vgl. unten §. 8. Note 83. Die Gl. zu Sächs. Weichb. 27: unde das mus er

Digitized by Google

Nach der Uebereignung stand dem Schuldner ein Einlösungsrecht nicht mehr zu. Dies erhellt daraus, daß die Frist von Jahr und Tag, binnen welcher der nächste Erbe durch Bezahlung der Schuld sich zu dem vertheilten (oder dem Gläubiger übereigneten) Grundstücke ziehen konnte, von dem Zeitpunkte der endgültigen Vertheilung (oder Uebereignung), nicht aber vom Ablaufe einer dem Schuldner gestatteten Einlösungsfrist berechnet wird[267]).

Dem bisher dargestellten sächsischen Verfahren ist das in fränkischen Landen vorkommende Insatz- oder Einwerungsverfahren sehr ähnlich. Nach der Fronung war zunächst das gefronte Grundstück sechs Wochen und drei Tage lang zu „halten", wobei ein Aufbieten so wenig erwähnt wird, wie bei Mobiliarpfändern. Nach Verlauf dieser Frist erfolgte die Einweisung des Gläubigers in den Besitz und Fruchtgenuß und, nachdem dieser Besitz ein Jahr und einen Tag gedauert hatte, die Uebereignung des Grundstücks an den Gläubiger, wenn dieser nicht mit dem ihm eingeräumten Besitze und Fruchtgenusse sich begnügte. Das ganze Verfahren von der Fronung bis zur Uebereignung umfaßte demnach wie nach dem Sachsenspiegel den Zeitraum von 1 Jahr 6 Wochen 3 Tagen. Es möge zunächst die anschauliche Darstellung dieses Verfahrens in dem Rechte der hessischen Stadt Frankenberg hier eine Stelle finden[268]). Wenn das Grundstück nicht binnen 6 Wochen 3 Tagen vom Schuldner gelöst ist, so soll der Gläubiger den Insatz folgendermaßen erwirken:

so sal he zu dem richter gehen, der sal etzliche scheffen

---

nemen nach des richters und der schepphen schatzunge bezieht sich auf diejenige Uebereignung, welche nach Magdeburg. R. nach vergeblichem Versuche, das Grundstück zu versetzen oder zu verkaufen, in letzter Linie eintrat.

267) Ssp. II. 41. §. 2. Ob die Haftung des Erben auf andere Forderungen, als die richterliche wegen des Gewedds, zu beziehen sei, kann hier nicht erörtert werden; vgl. Lewis Succ. des Erben in Obl. S. 47.

268) Schmincke Mon. Hass. p. 741. Die Anfangsworte der Stelle könnten die Meinung hervorrufen, daß darin von Satzung oder Kauf auf Wiederkauf die Rede sei. Aus dem Zusammenhange geht aber hervor, daß von der Hülfsvollstreckung, zunächst 738 bis 740 in Beziehung auf Mobilien, sodann 740 bis 742 in Beziehung auf Immobilien gehandelt wird.

Digitized by Google

zu sich nemen unde mit em gehin. Ist es huszunge, he sal ym den ringk an der thör in die hant thun. Ist es agker, he sal einen kloiss usz der erden graben unde jenem den in syn hant thun unde itzlich gut damit zu einem phande. Da suln em die scheffen orteiln, dasz he das gut von dem tage an ein jar unde einen tag sal halden. Loss es der jener, desz es ist, binnen der tzyt, so ist es widder syn. Tud he das nicht, so sal sich der cleiger in solch gut den richter laiszin settzen unde werin.

Wenn das Grundstück binnen Jahr und Tag nicht gelöst ist, soll der Richter auf Antrag des Gläubigers ein Gericht hegen, den Schuldner dazu laden und weiter also verfahren:

so sal em der richter doch laiszen an 4 ende der wernth ruffen:

ob he ader ymant von siner weigin sy, der insage wisset mit rechte noch zu thunde ader die phande lossen wulle?

Kompt dan nymant, so sal der richter mit den scheffin unde gerichtis knechten uffstehin unde das gerichte nicht uffgeben, sundern mit dem cleiger gehin in die huszunge ader uff das erbgut unde mit sich nemen einen stul mit dry beinen. Da sal he den cleiger uff dem erbe uff setzin, eins, tzwy, zum dritten mal, en des erplichen gewerin, vor syn erbe das zu halden, damit vorder zu thun unde zu laiszin als mit synem eigin gude unde nymant vorters keyn antwerthe wyder davon gebin.

In diesem Verfahren treten folgende einzelne Handlungen hervor:

a) Die Einweisung des Gläubigers in den Besitz des gefronten Grundstücks, der Insatz oder die Einwerung genannt. Die Form ist dieselbe, welche auch bei Veräußerungsgeschäften als Symbol der Besitzübergabe angewendet wurde, die Einhändigung einer von dem Grundstück ausgegrabenen Erdscholle, des Thürrings oder eines sonstigen Bestandtheils des Grundstücks.

b) Das Aufbieten des Pfandes. Sowohl in dem zur Uebereignung angesetzten Termine, wie das Frankenberger Recht beweist, als auch in den ungebotenen Dingen, welche in dem

Digitized by Google

Jahre zwischen dem Insatz und der Uebereignung stattfanden, wurde das Grundstück aufgeboten[269]). In den ungebotenen Dingen hatte der Eingesetzte sein „Wortzeichen" vorzuzeigen, welches er vom Richter erhielt, wahrscheinlich nicht ein das Grundstück repräsentirendes Symbol[270]), sondern ein Zeichen des vom Richter hinsichtlich der Besitznahme ertheilten Vollworts. Daß das Aufgebot die Bedeutung einer Proklamation hatte und, wenn Niemand sich meldete, das Friedewirken sowohl die Einlösung des Grundstücks, als jeden Einspruch (insage) gegen die Ueberlassung desselben an den Gläubiger ausschloß, beweist das angeführte Frankenberger Recht.

c) Die Uebereignung des Pfandes, der Insatz oder die Einwerung „zu besserem Rechte"[271]) oder „in erblicher Weise"[272]) oder „in eigener Weise"[273]) genannt. Obwohl der Gläubiger

269) Urk. 1349. bei Kuchenbecker Anal. Hass. III. p. 100: und alze er danne zu solichem hobe gewisset ist, had ime der schultheisse zu solichem hobe mit rechte geholffen und eme sin wortzeichen von solchem hobe gegeben und hat auch der egen H. solichen hob jar und dagk in pfandewysse yne gehabd und had auch sin worzeichen von dem hobe in demselben jare zu allen ungeboden dingen herzeyget und damitte getan alzo geberlich ist.

270) Wie Kopp Ger. Verf. I. 502. annimmt. In sächsischen Urkunden könnte man an wohrt denken.

271) In der in Note 269. angef. Urk. 1349. heißt es weiter: Und darnach in dem andern jare ist der obgen. H. komen und hat sich zu solichem hobe lasen eygen und had der schultheiss des gerichts H. in solichen hob gesast, gewert und geeygnet zu bessern rechten .... und had den obgen. H. der schultheiss gesast mit kissen und mit stule uff denselben hob.

272) Frankenb. R. a. a. O.

273) Urk. 1411. bei Kopp Ger. Verf. I. Beil. 123: daz P. R. sich gekommirt und ircledt hat ... mit gerichte uff und in den ackir .... vor 72 punt hellir Marburg. were virsessiner gulde und ist darin gewerd unde hat darin gesessen mit kissen und stule jar und tag alse des gerichtes recht und gewonheid ist. Und darnach hat he sich abir gekommirt und ircledt in eygener wisse uf denselben ackir mit gerichte ... und ist in eygener wisse darin gesast und gewerd, 'alse abir des gerichts recht und gewonheit ist, vor die obgen. summe .. und waz ym disser lesten ynsatczunge in eygener wisse L. P. schultheisse zu Marburg .....

Digitized by Google

in Folge des ersten Insatzes sich bereits im Besitze des Grundstücks befand, wurde doch neben dem Urtheil, welches die Uebereignung aussprach, ein dasselbe in Vollzug setzender Akt auf dem Grundstücke vorgenommen. Es ist wohl nicht zufällig, daß bei diesem zweiten Insatze eine andere symbolische Form beobachtet wurde, als bei dem ersten; bei diesem eine die einfache Besitzeinräumung, bei jenem eine die Einräumung der vollen Herrschaft bezeichnende Handlung. Die zu letzterem Zweck übliche dreimalige Niedersetzung auf einen dreibeinigen Stuhl enthält die Anerkennung des Eingesetzten als Herrn des Hauses und des Grundstücks[274]). Wenn in der über die Uebereignung aufgenommenen Urkunde dem Gläubiger die Veräußerung gestattet wird, z. B. in der Formel[275]):

adjudicavimus et assignavimus possessionem .. pro solutione debiti ..., decernentes ... ut eadem bona .. jure et rationabiliter possent vendere cuicunque et ea alienare tanquam propria prout ipsis videretur pro suo commodo melius expedire

so ist dies nur als eine Spezialisirung der dem Gläubiger zugesprochenen Eigenthumsbefugnisse zu verstehn und mit der Anweldigung zum Zweck des Pfandverkaufes nicht zu verwechseln.

Das hier dargestellte Verfahren verdient um so mehr Beachtung, da das bei dem kaiserlichen Hofgerichte übliche Exekutionsverfahren damit übereinstimmt. Zur Vollstreckung der Urtheile, welche im Hofgerichte des Kaisers ergingen, diente, mindestens seit dem dreizehnten Jahrhundert, das **Anleiteverfahren**. Der Ausdruck Anleite, welcher auch in anderer Anwendung vorkommt[276]), bedeutet hier die Einsetzung (inductio) des Klägers

274) Urk. 1316. bei Guden. Cod. dipl. II. 453. cum pace et banno per sedem tripedem prout Moguntie consuetudinis est et juris. Für die Bedeutung dieser weitverbreiteten Form sind namentlich Weisthümer bei Grimm I. 521, 567, II. 188. 203. 296. 535. 543. zu beachten.

275) Urk. 1300. bei Boehmer Cod. dipl. Moenofrancof. I. 330.

276) Vgl. a) Urk. 1326. bei Boehmer Cod. dipl. Moenofrancof. I. 485. Frankf. Reform 1578. VIII. 9, IX. 2. b) Blumenbacher Tr. vom Anleit. nach Erzstift Salzburg. Rechten 1721. nach Runde §. 531.

Digitized by Google

in den Besitz eines Grundstücks. Die Anleite wurde sowohl bei Klagen um Gut zur unmittelbaren Vollziehung des obsieglichen Urtheils, als auch bei Klagen um Schuld zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers erkannt[277]), von welchem Falle hier allein die Rede ist. Das Anleiteverfahren, welches theils durch die Satzungen K. Albrechts im Landfrieden von 1303[278]), theils durch noch vorhandene Anleitebriefe[279]) bekannt ist, wurde damit eröffnet, daß der an Kaisers Statt zu Gericht sitzende Hofrichter auf Antrag des Klägers eine von demselben vorgeschlagene Person zum Anleiter (inductor) bestellte und ihr durch einen offen brief das Kommissorium ertheilte, die Anleite zu vollziehen:

»in .... bonorum possessionem auctoritate Regia, vice et nomine nostro, inducere«.

Nach der Vorschrift des Landfriedens von 1303 sollte der Anleiter bei Vollziehung der Anleite den Gerichtsboten des nächsten Gerichts hinzuziehn und dem Hofgerichte von Vollziehung derselben auf seinen Eid Bericht erstatten[280]). Uebrigens ist es für den Begriff der Anleite gleichgültig, ob der Richter selbst oder, wie beim kaiserlichen Hofgerichte, ein Bevollmächtigter des Richters oder, wie bei andern Gerichten, der Gerichtsbote oder ein Urtheiler sie vollzieht[281]). Die Anleite besteht zunächst in demjenigen Akt, welcher sonst Fronung heißt. Daß das Gut nicht vom Gerichte selbst in Verwahrung genommen, sondern dem Angeleiteten anvertraut wurde, was auch bei sonstiger Fronung geschehn konnte, erklärt sich aus der Beschaffenheit des kaiserlichen Hofgerichts. Der

277) Landfr. 1303. §. 35. (Legg. II. 483): wer sin clag volfürt, das im anlaite erteilt wird *auff die läwt oder auf die gut*, darauf er geclagt hat.

278) §§. 33. 35. (Legg. II. 483).

279) Z. B. von 1288. und 1300. bei Haltaus s. v. Anleite, Anleiter, von 1375. bei Rudolphi Gotha diplom. V. 214, von 1409. bei Zöpfl R. G. 905. N. 12.

280) a. a. O. §. 35: und sol auch der herr zu hoff enpieten auff seinen aid, das die anlaittung geschehen sey an gevärd mit seinem offen prief.

281) Vgl. unten Note 283. und Zöpfl Bamb. R. 236.

Digitized by Google

Angeleitete hatte sodann das Gut sechs Wochen und drei Tage zu verwahren[282]), dem Gute »one schaden«, d. h. ohne die Befugniß des Gebrauchs und Fruchtgenusses und mit der Pflicht der Custodia[283]). Nach Ablauf dieser Frist setzte ihn der Anleiter in nutz und gewer, in nuzeliche gewer. Dies ist der oben als die (erste) Einwerung oder Insatz bezeichnete Akt. Daß endlich nach Ablauf von Jahr und Tag durch einen abermaligen Insatz die Nutzgewere in Eigenthum verwandelt werden konnte, wenn die Schuld nicht inzwischen abgetragen war, findet sich zwar in den vorliegenden Anleitebriefen nicht erwähnt, darf aber auch ohne speziellen urkundlichen Beweis behauptet werden, da an der Identität des Anleiteverfahrens mit dem vorher erwähnten Insatzverfahren nicht zu zweifeln ist.

2) Von den bisher erwähnten Rechten, nach welchen die Immobiliarexekution auf die Uebereignung des Pfandes an den Gläubiger als letztes Ziel hinausläuft, unterscheidet sich eine andere Gruppe von Rechten, welche die Befriedigung des Gläubigers bei Immobilien wie bei Mobilien durch Verfatz oder Verkauf des Pfandes und nur hülfsweise in letzter Linie durch Uebereignung desselben an den Gläubiger herbeiführen. Das letztere Verfahren, dessen Vorzüge vor ersterem einleuchtend sind, dehnte sich unter dem Einflusse der Stadtrechte immer weiter aus und verdrängte auch im Gebiete des sächsischen Landrechts das alte Verfahren mehr und mehr[284]).

Unter den hierhin gehörigen Rechten tritt eine bemerkens-

282) So heißt es in allen oben erwähnten Anleitebriefen. Z. B. in dem von 1375. (vgl. Note 279): ihr solt ihn auch anleiten auf denselben guten mit den rechten drei tag und sechs wochen denselben guten one schaden.

283) Vgl. auch Augsb. R. (Frevberg 45): umbe swelhe sache anleite erteilt wird ane schaden, da ist man dem waibel ... eins phenn. schuldik.

284) Richtst. Ldr. 7. §. 3. in der Leipziger Handschrift. (Homever Richtst. 388). Verm. Sſp. III. 14, 1, woselbst die Lesart der meisten Handschriften: beclaget eyner schult czu eyme, do her ym *erbe* vorseczt mit Rücksicht auf die Rubrik und auf III. 14, 2. den Vorzug verdient. Gl. lat. ad Spec. Sax. II. 41. (Zobel CCLV).

Digitized by Google

werthe Verschiedenheit hervor. Ein Theil derselben wahrt die Frist von Jahr und Tag, während andere Rechte darauf keine Rücksicht nehmen. Nach jenen Rechten, zu welchen namentlich sächsische Stadtrechte gehören, besteht ungeachtet der Aehnlichkeit der Mobiliar- und Immobiliarexekution noch immer eine wesentliche Verschiedenheit zwischen beiden und eine Verwandtschaft mit der alten auf die fränkischen Kapitularien zurückzuführenden Immobiliarexekution. Nach den Rechten der zweiten Klasse, zu welchen namentlich bayrische und schweizerische Rechte gehören, besteht fast gar kein Unterschied zwischen der Mobiliar- und Immobiliarexekution und überall keine Verwandtschaft der letztern mit dem Insatz- (Anleite-) Verfahren.

Unter den Rechten der ersten Klasse verdienen das Magdeburgische und das Hamburg-Lübische Recht besondere Beachtung.

Nach Magdeburgischem Rechte wurde das gefronte Grundstück dreimal, je über vierzehn Nächte, in gebotenen Dingen aufgeboten. In einem vierten Dinge wurde sodann Friede gewirkt und das Grundstück dem Gläubiger überantwortet (geeignet oder gewerdigt)[285]. Es ergab sich somit für den ersten Abschnitt des Exekutionsverfahrens die Dauer von 6 Wochen 3 Tagen, wie bei der Mobiliarexekution. Der zweite Abschnitt desselben konnte in doppelter Weise verlaufen. Der Gläubiger durfte nach der Gewerdigung sogleich das Grundstück verkaufen; er durfte dasselbe auch unverkauft behalten. Ueber diese Alternative, welche

285) Magd. R. 1295. §. 5. (Gaupp 260) wirt einem manne sin gut gevronet mit rechte, daz sal jener besitzen, der iz in de vrone gebracht hat, mit der vrone dri tage und nacht, he sol och darinne ezzen und slaphen mit der vrone. Darnach so sal he daz gut ufbieten zu dren dingen, immer uber 14 nacht. Zu dem vierten dinge sal ime die richtere vride daruber wirken und sal iz ime eigenen mit schepphen orteiln. Vercoufen mac hez denne mit wizzenschaft. Syst. Magd. Schöff. R. III. 2, 80. Kulm. III. 110. Glogau. R. 136. Das eigenen bedeutet hier die Gewerdigung; dies ergiebt die Umschreibung im Glogau. R. 154: also daz seyn here waldig wirt czu vorseczin unde czu vorkeuffin.

früher unrichtig aufgefaßt wurde[286]), geben in neuerer Zeit veröffentlichte Quellen[287]) folgenden Aufschluß.

Verkaufte der Gläubiger das Grundstück, so stand dem Schuldner innerhalb der Frist von Jahr und Tag, welche nach dem Verkaufe von dem Zeitpunkt der erlangten Kunde vom Verkaufe zu laufen begann[288]), das Recht der Einlösung zu.

Behielt der Gläubiger das Grundstück, so stand es ihm frei, dasselbe zu gebrauchen und zu nutzen, z. B. das Haus zu beziehen oder zu vermiethen[289]). Er besaß das Grundstück pfandnutzungsweise, daher konnte dasselbe vom Schuldner jederzeit wieder eingelöst werden[290]), wobei die gezogenen Nutzungen von der Schuld nicht abzurechnen waren. Wenn es dennoch heißt, der Schuldner müsse in rechtir czeit das Grundstück einlösen[291]), so erklärt sich dieser Ausdruck daraus, daß der Pfandgläubiger, wenn er das Grundstück nicht länger selbst benutzen wollte, dasselbe verkaufen durfte und alsdann die Einlösungsfrist von Jahr und Tag nach dem Verkaufe lief.

Die Einweisung in den Besitz des Grundstücks oder, was dasselbe ist, die Erlaubniß sich des Grundstücks zu unterwinden, konnte schon mit der Fronung verbunden werden[292]). Sie war aber kein wesentlicher, sondern nur ein auf Verlangen des Gläu-

286) In Folge des korrumpirten Textes Kulm. III. 104. Vgl. Albrecht Gew. R. 354.

287) Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 66. Wirt eynem manne ... daz gut ... geeygint und gewaldigt ... zo mag her daz gut vorkoufin adir behaldin unvorkouft. So (im letztern Falle) mag is yenir, des daz erbe was, ledigin und losyn vor daz gelt, do is umme vorkouft und vorclait (pfandweise verkauft und verfolgt) ist. Abir (im erstern Fall) vorkouft der cleger daz erbe und vorgebit is (durch gerichtliche Auflassung), zo mag is yenir, des daz erbe was, noch ledigyn vor dy pfennynge bynnyn jor und tage. Glogau. R. 154.

288) Magd. Fr. II. 2, 3.

289) Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 76. Kulm. R. III. 106.

290) Glogau. R. 154. besiczt abir der clegir selbir daz gut, *wy lange daz ist*, dennoch mag ys der antworter wol wederlosin umb das gelt.

291) Vgl. die in Note 289. angeff. Stellen.

292) Vgl. die in Note 285. angeff. Stellen.

Digitized by Google

bigers zulässiger Akt[293]). Es scheint, daß gewöhnlich erst nach dreimaligem Aufgebot und erfolgter Geweldigung die Einweisung stattfand; es ist dies daraus zu schließen, daß die Gebühr, welche der Gläubiger nach dem Friedewirken und der Geweldigung im vierten Termin zahlen mußte, bald vridebuze[294]), bald wissenschaft[295]), Einweisungsgebühr, genannt wird. Wahrscheinlich ist, daß, wenn der Gläubiger das Grundstück nicht selbst benutzen wollte, er sich gar nicht in den Besitz desselben setzte, sondern nach geschehenem Verkauf die direkte Einweisung des Käufers erfolgte. Die Unterwindung des Grundstücks geschah durch dreitägiges Besitzen, Essen und Schlafen auf dem Grundstücke[296]).

Konnte das Grundstück nicht versetzt oder verkauft werden, so wurde es dem Gläubiger im abgeschätzten Werthe als Eigenthum zugesprochen[297]).

Aehnlich war die Immobiliar-Exekution nach dem Hamburgischen und Lübischen Rechte. Nach der Fronung, hier besettinge, besate genannt[298]), wurde das Grundstück ebenso, wie gepfändete Mobilien, dreimal in Tagedingen, welche über vierzehn Tage, acht Tage und Queernacht ausgelegt wurden, aufgeboten und daneben to huse unde to hove angeboten. Hierauf erfolgte die Geweldigung[299]). Das nun folgende Verfahren

293) Glogau. R. 136: *wil* her doran eyne rechte gewere haben, her sol dy frone beslafen ... so hat her daran eyne rechte fronunge unde gewere.

294) Magd. R. 1304. §. 73. (Gaupp 295). Sächs. Weichb. 63.

295) Magd. R. 1304. §. 16. (Gaupp 276) und gibet her sine wizzenshaft daruf. Auch bei freiwilliger Veräußerung wurde der, offenbar mit wissenschaft gleichbedeutende wissinpfenning nach der Einweisung des Erwerbers in den Besitz entrichtet. Sächs. Weichb. 20. §. 3.

296) Vgl. die Stellen in Note 285. Dazu Ssp. III. 83. §. 1.

297) Gl. zu Sächs. Weichb. 27. (oben Note 266).

298) Z. B. Michelsen Oberhof Nr. 18: un deme male dat S. S. besate gedan heft an her H. W. guderen also umme schuld twischen 800 unde 900 marke ...

299) Hamb. R. 1270. I. 14. Lüb. R. (III) 255. Diese Stellen handeln zwar von dem um Schuld gesetzten Pfande. Aus §. 8. wird sich aber ergeben, daß es zulässig ist, den Inhalt derselben auf das genommene Pfand ebenfalls zu beziehn.

Digitized by Google

unterschied sich von dem im Magdeburgischen Rechte geordneten darin, daß der Gläubiger nicht sogleich zum Verkaufe schreiten durfte, sondern erst nach Jahresfrist, wogegen das im Magdeburgischen Rechte anerkannte Recht des Schuldners, binnen Jahr und Tag nach dem Verkaufe das Grundstück einzulösen, hier nicht galt. Innerhalb der Jahresfrist wurde dem Gläubiger wenigstens die Nutzung des Grundstücks überlassen, aber nicht die Naturalnutzung, sondern eine Rente, welche unter Belassung des Schuldners im Besitze in einem dem geschuldeten Kapital entsprechenden Betrage auf das Grundstück zu Stadtbuch eingetragen wurde[300]). Nach Ablauf des Jahres konnte der Gläubiger, wenn er wollte, im ferneren Bezuge der Rente verbleiben. Er konnte sich aber auch zum Verkaufe entschließen. Kam ein Verkauf nicht zu Stande, so konnte ihm das Grundstück für sein Geld im abgeschätzten Werthe als Eigenthum zugesprochen werden[301]). Die Ausweisung des Schuldners aus dem Besitze, welche zuerst durch dreimalige, in abnehmenden Fristen wiederholte Androhung von Geldstrafen versucht, eventuell aber mit Gewalt vollzogen wurde, konnte bei diesem Verfahren erst dann eintreten, wenn das Grundstück verkauft oder dem Gläubiger als Eigenthum zugesprochen war.

Eine andere Verschiedenheit zwischen dem Magdeburgischen und dem Hamburg-Lübischen Rechte betraf die zur Immobiliarexekution zuständige Behörde. Nach jenem Rechte[302]), wie nach sächsischem Landrechte, war es allein das Gericht, vor welchem

300) Hamb. R. 1292. C. 27. Were en man sculdich unde sin erve worde vorvolghet vor de sculde: dat erve scal man nicht verkopen, it ne kome vor den rat. So scal de rat to dheme erve senden unde scal dat werderen. Dunket dem rade, dat dat erve also goet si, alse de sculde (boven den tins, ofte tins dar ut gheyt), so scal he den schuldeneren in dat erve scriven laten, vor giwelke 12 mark ene mark gheldes, unde dat scal nicht mer en jar stan. Unde loset he sin erve binnen dem jare nicht, so moghen de sculdenere dat erve wol verkopen.

301) Vgl. die Stellen in Note 299.

302) Sächs. Weichb. 20. Magd. Syst. Schöff. R. IV. 1, 21. Kulm. IV. 21: abir alle gobin und vorreichunge, di do geschit vor eyme siczinde rote, die ist machtelos nach Meydeburg. rechte.

Digitized by Google

wie die Auflassungen bei freiwilliger Veräußerung, so auch die Immobiliarexekutionen stattfanden. Nach dem Rechte von Lübeck und Hamburg dagegen fand die Auflassung bei freiwilligen Veräußerungen vor dem Rathe statt [303]) und demgemäß war auch die Mitwirkung desselben bei der Immobiliarexekution nöthig, so daß das Verfahren zwischen dem Gerichte (Vogt) und dem Rathe getheilt war. Bis zur Gewaldigung schritt das Gericht allein vor. Die Fronung, welche schon ihrem Begriffe nach ein gerichtlicher Akt war [304]), das Aufbieten, welches to dem nagesten dinge geschehn sollte, und das Anbieten gehören diesem Abschnitt des Verfahrens an. Dagegen heißt es von der Gewaldigung:

so schal eme *de voghet* des erves mechtich maken *unde de rat*,

was so zu verstehn ist, daß das Gericht die Einweldigung aussprach, der Rath aber die Rechtsbeständigkeit dieser Verfügung prüfte und hierauf die Einweldigung bestätigte.

Des erves schal eme de voghet nicht mechtich maken ofte weldich, he en wynne dat mit rechte, also dat de mene rat segghe, dat recht sy [305]).

Auch bei dem Verkaufe und bei der Zusprechung des Grundstücks als Eigenthum des Gläubigers mußte der Rath mitwirken [306]).

Uebrigens giebt es auch nicht-sächsische Stadtrechte, in welchen beim Zwangsverkaufe von Immobilien die Frist von Jahr und Tag zur Anwendung kommt. Zu erwähnen ist das Prager Stadtrecht [307]), auf welches vielleicht das Magdeburger Recht in

303) Hamb. R. 1270. I. 6. Lüb. R. (II) 23, 24.

304) Wie der Vogt oder sein Fronbote es ist, welcher aus der Were pfändete, Hamb. R. 1270. IX. 14, so konnte auch nur er die Were selbst in Pfand nehmen.

305) Lüb. R. (III) 252. Vgl. auch über den Lübischen Einweldigungsprozeß späterer Zeit, namentlich die Verweisung vom Gerichte an den Rath, die Nachrichten von Hecker bei Dreyer Einl. 378.

306) Vgl. oben Note 300. und die Stellen in Note 299: de voghet unde de rad schalen den man ... darto dwingen mit rechte, dat he't deme anderen uplate vor sine pennynge vor dem gantsen rade.

307) Art. 119 (Rößler 74). Wirt aber ein recht zu unvarender habe geholfen umb slechte schult und nicht umb bereit gelt, so sol der

dieſer Beziehung eingewirkt hat, und das Stadtrecht von Iglau in Mähren, als deſſen Grundlage flandriſches Recht bezeichnet wird [308]).

Was ſodann diejenigen Rechte betrifft, welche bei der Immobiliarexekution auf den Ablauf von Jahr und Tag keine Rückſicht nehmen, ſo gehören dahin bayriſche, ſchwäbiſche und ſchweizeriſche Rechte, denen ſich jüngere fränkiſche Stadtrechte anſchließen. An der Spitze derſelben ſteht der Schwabenſpiegel [309]), welcher die Friſt von Jahr und Tag nicht zu Gunſten des Schuldners, ſondern nur zu Gunſten der Erben deſſelben [310]) anerkennt. Die Abweichung der ſüddeutſchen Rechte vom ſächſiſchen Rechte erſcheint nicht zufällig; ſie erklärt ſich daraus, daß der Begriff der nach Jahr und Tag eintretenden rechten Gewere dem ſüddeutſchen, namentlich bayriſchen Rechte urſprünglich fremd war [311]). Wäre er bekannt geweſen, ſo würde er auf die Geſtaltung der Zwangsveräußerung in dieſen Rechten Einfluß geübt haben, wie er auf die Geſtaltung derſelben im Magdeburgiſchen und Lübiſchen Rechte von Einfluß geweſen iſt.

Mit der Friſt von Jahr und Tag fällt der Hauptunterſchied zwiſchen der Mobiliar- und Immobiliarexekution hinweg. Abgeſehn davon, daß manche Rechte bei letzterer wegen der größern Wichtigkeit des Gegenſtandes geräumigere Friſten geſtatten, und daß die Exmiſſion des Schuldners und Immiſſion des Gläubigers bei Immobilien eine andere Geſtalt annimmt als die Wegnahme und Aushändigung von Mobilien, iſt das Verfahren bei beiden

---

gelaubiger das haus oder erbe, das ym geantwurt wird mit dem rechten, auch drei stund in dreien gehegten dingen aufbieten und lauthmeren, und das denne jar und tag halden noch der stat recht, also das der schuldiger nicht dorff das haus oder erbe noch der lauthmerungen zu hant raumen, und auch der gelaubiger mag vorkauffen.

308) Art. 23. (Tomaſchek 225, 309). Die Stelle handelt zwar vom Verſatze; aus §. 8. wird ſich aber ergeben, daß ihr Inhalt auch auf das genommene Pfand bezogen werden kann.

309) Schwſp. 206.

310) Lewis Succ. des Erben in Obl. 51.

311) Merkel in Zeitſchr. für R. G. II. 160 ff.

Digitized by Google

Arten von Gegenständen wesentlich übereinstimmend. Das Aufbieten des Pfandes war nach den süddeutschen Quellen bei Immobilien so wenig nöthig, wie bei Mobilien. Dagegen mußten jene wie diese dem Schuldner zur Einlösung angeboten werden.

Augsb. St. R. S. 131: Sint daz huser .... oder äcker oder wisen, die sol er 8 tage gehalten ... so sol ers in mit dem waibel anebieten, daz ers inr 8 tagen loese.

Bayr. L. R. 236. (Freyberg 466): Antwurt man ainem guot mit gericht ze pfant, daz aigen ist, daz sol er behalten 14 tag und sol ez jenem anpieten[312]).

Wo anstatt des Anbietens zur Einlösung vor dem Verkaufe eine Einlösungsfrist nach dem Verkaufe bei Mobilien gegeben war, fand sie auch bei Immobilien statt[313]). Es ergiebt sich aus süddeutschen Quellen folgendes Bild der Immobiliarexekution:

Der erste Abschnitt des Verfahrens dauerte, von der Fronung an gerechnet, entweder sechs Wochen[314]), genauer sechs Wochen drei Tage[315]), oder nach andern Quellen wie bei der Mobiliarexekution vierzehn Tage[316]). Im Laufe dieser Frist blieb das gefronte Grundstück in des Gerichtes Gewalt und mußte dem Schuldner zur Einlösung angeboten werden.

Den zweiten Abschnitt des Verfahrens eröffnete die gericht-

312) Münch. St. R. 103.

313) Nach Frankfurter Recht fand die Entschüttung in derselben Weise bei Immobilien statt, wie bei Mobilien (vgl. N. 224), nur daß sie bei ersteren nicht blos dem Schuldner, sondern auch den zum Vorkaufe berechtigten Rentengläubigern freistand, denen daher der Verkauf ebenfalls zu verkündigen war. Bacul. jud. §. 79. (Thomas 250).

314) Schwsp. 206. so sol man daz gut uber 6 wochen veile bieten, ob er ez nut loeset, dez ez da ist.

315) Hausbrief von Bubikon (Weisth. I. 67) und dieselben ligenden pfannd lassen ligen 6 wuchen und 3 tag. Urk. 1328. (Arnold Eigenth. 441) und wartet och der fronde us drie 14 naht, alse er ze rechte solte. Wyß in Zeitschr. für schweiz. Recht VII. 18.

316) Augsb. St. R. (Freyberg 131): die sol er 8 tage gehalten; als die fürchoment, so sol ers in mit dem waibel anebieten, daz ers inr 8 tagen loese. Münch. St. R. 103, 104: daz sol er behalten 14 tag und sol ez dann enem anpieten. Bayr. L. R. 236, 237.

Digitized by Google

liche Verfügung, welche der Geweldigung im sächsischen Recht entspricht, die Vergönnung des Gantrechts, d. h. die Erlaubniß, das Grundstück zu versetzen oder zu verkaufen [317]). Zugleich wurde das Grundstück zu diesem Zweck dem Gläubiger ausgeantwortet, wenn es nicht schon im ersten Abschnitte des Verfahrens geschehen war. Hierunter wird bald eine wirkliche Einsetzung des Gläubigers in den Besitz des Grundstücks verstanden [318]), bald eine blos symbolische durch Aushändigung eines Spans, eines Rasenstücks oder andern Bestandtheils des gefronten Grundstücks [319]), welche die fortgesetzte Innehabung des Schuldners nicht ausschloß.

Wo die Befriedigung des Gläubigers durch Versilberung des Grundstücks geschah, wurden zu diesem Zwecke dieselben Mittel angewendet, wie bei gepfändeten Mobilien.

1) Der Versatz wird nur selten erwähnt [320]). Dennoch darf man annehmen, daß, wenn sich Gelegenheit zum Versatze bot, dies für den Schuldner günstigere Mittel auch bei Immobilien dem Verkaufe vorgezogen werden mußte. Daß der Versatz als Exekutionsmittel in den meisten Rechtsquellen nicht erwähnt wird, erklärt sich daraus, daß bei Immobilien seltener Gelegenheit zum Versatze sich darbieten mochte. Was oben vom Versatze des Mobiliar-

317) Augsb. St. R. a. a. O.: so sols im der burggrafe erlauben ze verkauffene. Münch. Gant. Ordn. (Auer 229) 3. §. 1: darauf bit gedachter ... ime das gantrecht zu vergunnen; das beschicht.

318) Augsb. R. a. a. O.: da sol im der burggrafe hinrihten und sol ez im antworten. Sint daz huser, da er selbe nicht inne ist etc. .... Unde hat er anders phandes niht, wan da er selbe inne ist ... da sol im der burggrafe hinrihten, also daz er im gebiete, daz er inr 8 tagen rume. Tut er des niht, so soln im der burggrafe druz triben und solz im mit nutz unde mit gewer antwrten. Bamb. R. 292. das erb antwortten zu pfanndt.

319) Münch. St. R. 503: wenn ainem ein haus oder ein ander aigen zu pfant wirt geantwurtt mit dem rechten, daz im ain span davon wirt geantwurtt. Frankf. Bacul. jud. §. 70: sin es buwe, so gibt der richter daruss einen spane; ist es acker oder wiesen, er gibt davon der erden.

320) Z. B. Frankf. Bacul. jud. §. 73. (Thomas 248): mocht ers nit versetzen, so mocht ers verkauffen. Keyser-R. I. 26. Bamb. R. 293.

pfandes geſagt iſt, gilt auch von Immobilien, nur mit dem Unterſchiede, daß bei letzteren die Form der Immobiliarſatzung zu beobachten war.

2) Der Verkauf der Immobilien brauchte keineswegs in der Form der gerichtlichen Subhaſtation zu geſchehen. Es verkaufte nicht das Gericht oder der Gerichtsbote, ſondern der Gläubiger[321]), nicht durch Verſteigerung an Gerichtsſtelle, ſondern in jeder ihm paſſend erſcheinenden Weiſe, aber redlich und öffentlich vor Zeugen[322]). Das veilebieten, deſſen der Schwabenſpiegel 206 gedenkt, iſt ein Umhertragen und Ausbieten entweder eines ſtatt des Grundſtücks ausgeantworteten Symbols oder einer das Grundſtück beſchreibenden Urkunde durch den Gläubiger oder ſeinen Anwalt oder Mäkler:

> Münch. St. R. 503: dem der span geantwurtt wirt, der sol .... den span dem unterkäuffel antwurtten und der sol den span in ainer kluppen offenlich auf dem margt an allz gevärd vail tragen.
>
> Frankf. Bacul. jud. §. 71. (Thomas 247) er sulle ... die guter den schriber in einen zedel lassen schriben ... und die 14 tage den fursprechen[323]) feile tragen lassen von stuben zu stuben.

An manchen Orten war es herkömmlich, daß der Pfandverkauf nicht privatim, ſondern unter Leitung des Gerichts ſtattfand[324]). Es gilt hiervon, was oben in Betreff des gerichtlichen Verkaufs der Mobiliarpfänder bemerkt worden iſt. Kam der Verkauf zu

321) Magd. R. 1295. §. 5. (Gaupp 260). Hamb. R. 1292. C. 27: so moghen de sculdenere dat erve wol verkopen. Augsb. R. (Freyberg 131): so sols im der burggrafe erlauben ze verkauffene unde sol er ez danne verkauffen. Bayr. L. R. 236. Münch. St. R. 103.

322) Magd. R. a. a. O. vercoufen mac hez denne mit wizzenschaft. Keyſ. R. I. 26. mit guter kundschaft. Bamb. R. 293. mit gewissen verkauffen oder verkummern.

323) Nach Frankf. Schöffengerichts-O. 5. (Thomas 267) die gesworn underkeuffer.

324) Z. B. in Baſel nach Urk. 1328. (Arnold Eig. 441) da bot ich (der schultheize) daz selbe hus veil 3 gerichte nach einander, alse sitte und gewolich ist; in Bamb. St. R. 57 mit dem rechten verkaufft unnd uber das gericht aussgeschrien offentlich.

Digitized by Google

Stande, so geschah die Vollziehung desselben in den für Immobiliarveräußerungen überhaupt nöthigen Formen[325]), bei Lehen durch Belehnung des Käufers[326]).

3) Die Uebereignung an den Gläubiger an Zahlungsstatt bildete auch bei Immobilien das letzte Mittel, wenn weder Verfatz noch Verkauf zu Stande kam. Daß sie auf Grund einer Schätzung geschah, wird in einzelnen Rechtsquellen ausdrücklich hervorgehoben[327]), ist aber auch nach denjenigen Rechtsquellen anzunehmen, welche die Schätzung mit Stillschweigen übergehn[328]) oder aussprechen, daß die Uebereignung nach Schätzung des Gläubigers geschehn solle[329]), worunter eine Schätzung ex arbitrio boni viri zu verstehn ist, welche, wenn sie vom Schuldner angefochten wurde, einer Schätzung durch unbetheiligte Schätzer weichen mußte. Ueberstieg der Werth des Grundstücks den Betrag der Forderung, so wurde entweder das ganze Grundstück gegen die Verpflichtung zur Herauszahlung des Ueberwerths oder nur ein der Forderung entsprechender Theil des Grundstücks dem Gläubiger zugesprochen.

Bayr. L. R. 236: Ist aber daz guot pezzer dann daz gelt — waz daz guot pesser sey dann daz gelt, daz sol man im wider geben. Hiet er dez nicht stat, daz er ez getuon

---

325) Z. B. in Frankfurt durch Insatz mit Halm und Mund, Bacul. jud. §. 73. (Thomas 248); vgl. Zöpfl R. A. II. 375; in Hamburg und Lübeck durch Auflassung vor dem Rathe, Lüb. R. (Hach III) 255.

326) Münch. St. R. 104: also daz dem herren sein lehen nicht gehindert werd. Wolt aber der lehenherr daz lehen demselben nicht leihen, so sol er varn an den landesherrn, der sol imz leihen und sol er damit sitzen geruet ... bis daz der lehenherr sich bedencht, daz er imz leihen wil. Bayr. L. R. 237: waer auch daz ein sogetan erber man waer, daz er nicht lehen von im haben solt, so sol er ez seinem trager leihen, wen er zuo ainen trager nimt.

327) Bayr. L. R. 236: so sol der richter zwen erber man darzuo geben und schaffen, die daz guot schäczen. Gl. zu Sächs. Weichb. 27. (Daniels und Gruben 317) vgl. oben N. 266.

328) Münch. St. R. 103.

329) Frankf. Bacul. jud. §. 75. so mag der cleger es selbs behelden fur als viel yn bedunket es wert sy.

Digitized by Google

möcht, so sol man im alz vil auz dem guot geben, als vil dez übrigen geltz ist.

Bei der Uebereignung wurden, wie beim Verkaufe, die Formen der Immobiliarveräußerung beobachtet[330]).

Ein Recht des Schuldners, das verkaufte oder dem Gläubiger an Zahlungsstatt zugesprochene Grundstück einzulösen, findet sich auch bei Immobilien in der Regel nicht anerkannt. Wo es vorkommt, erklärt es sich aus der besondern Gestaltung des Exekutionsverfahrens; z. B. im Magdeburgischen Rechte[331]) aus dem Bestreben, die Frist von Jahr und Tag einzuhalten und doch dem Gläubiger schleuniger zu seinem Gelde zu verhelfen, im Frankfurter Rechte[332]) daraus, daß die Entschüttung nach der Pfandveräußerung einen Ersatz für das nicht übliche Anbieten zur Einlösung vor der Veräußerung bildet. Wenn hier und da dem Schuldner noch am Tage des Verkaufs oder der Uebereignung bis Sonnenuntergang oder bis zum Morgen des nächsten Tages die Einlösung freigelassen wird[333]), so erscheint dies nur als eine nachsichtige Berechnung der Frist zur Einlösung vor der Veräußerung.

Die Personen, welche im Exekutionsverfahren thätig auftreten, sind der Kläger und der Richter. Es ist die Frage aufzuwerfen, wie die Thätigkeiten Beider zu einander sich verhalten.

Man hat die Ansicht aufgestellt, der Richter erscheine als Rechtsbeistand des Klägers, der in dessen Namen, nicht wegen eigener Machtvollkommenheit die Pfändung vornehme[334]). Hier-

330) Z. B. Frankf. Bacul. jud. §. 76: In die gude sal yn der schultheis setzen immassen vorgerort ist (vgl. oben Note 325), als obe ein andern, der das gekoufft hette.

331) Vgl. oben N. 288.

332) Vgl. oben N. 313.

333) Hausbrief von Bubikon (Weisth. I. 67): das einer die verkoufften pfand morndess vor verlässener primgloggen wol lösen mag.

334) Wilda in Zeitschr. f. D. R. I. 183. und gegen die Einwürfe von Waitz Sal. R. 182. jetzt wieder Siegel Ger. Verf. I. 248, welcher als Grund anführt, daß der Kläger nach Salischem Recht dem Grafen in Form

nach wären die Pfändung und die darauf folgenden Handlungen als mit Ermächtigung, unter Schutz und Aufsicht des Gerichts vorgenommene Parteihandlungen anzusehn. Außer dem unzweifelhaften Satze, daß der Kläger, nicht das Gericht den Verfatz oder Verkauf des Pfandes vornimmt, scheint auch die Ausdrucksweise der Quellen diese Ansicht zu bestätigen. Oft heißt es, der Kläger pfände, oder es wird, indem die Privatpfändung als pignoratio sine judice der gerichtlichen Pfändung oder pignoratio cum judice entgegengestellt wird, die eine wie die andere als eine Thätigkeit des Gläubigers aufgefaßt.

L. Sal. L, 3. (Waitz): Ego super me et furtuna mea pono, quod securus *mitto* (Merkel: quod *tu* sc. graphio securus *mitte*) in furtuna sua manum.

L. Sal. LXXIV. (Merkel): Si quis debitorem suum per ignorantiam *sine judice pignorare* praesumserit ....

Cap. 825. c. 5: ut *causator* eorum eos pignorare non possit[335]).

Treuga Henrici c. 15[336]): Si quis *pignorationem a judice licentiatam* prohibuerit, tanquam predo a judice proscribetur.

Urk. 1250. (Neumann Meißner und Oberlausitzer Urk. 1854. S. 70): Preterea volumus, quod clerici Misnensis dyoecesis *coram nobis vel nostris judicibus* conveniantur, *impignorentur* ....

Hiermit scheint es völlig im Einklange zu stehn, daß von der Thätigkeit des Richters gesagt wird, er helfe dem Kläger

des Halmwurfs das Versprechen zu leisten hatte, für die Rechtmäßigkeit der Pfändung mit Leib und Gut einstehn zu wollen. Dieser Grund ist nicht genügend. Da die Strafe wegen gesetzwidriger oder die Schuldsumme übersteigender Pfändung den Grafen traf (L. Sal. LI. 2), das vorhergehende vor dem thunginus stattfindende Verfahren aber dem Grafen unbekannt war, so war es natürlich, daß der Graf erst dann zur Pfändung schritt, wenn der Kläger ihm versicherte, daß allen gesetzlichen Voraussetzungen in dem frühern Verfahren genügt sei, und die ihm ohnehin (L. Sal. LI. 1) obliegende Haftung für die Wahrheit dieser Versicherung noch ausdrücklich übernahm. Diese Kaution hatte einen guten Sinn, auch wenn der Graf kraft eigner Machtvollkommenheit pfändete.

335) Vgl. N. 234.

336) Den Anfang s. oben N. 144.

Digitized by Google

Pfandes[337]), daß die Exekution die Hülfe, das im Exekutionsverfahren genommene Pfand gehulfen pfand und die vom Kläger zu erlegende, vom Beklagten ihm zu ersetzende Gerichtsgebühr Helfegeld oder Helfebuße[338]) genannt wird.

Allein ungeachtet dieser scheinbaren Gründe ist die erwähnte Ansicht entschieden irrig. Wenn gleich auf Antrag des Klägers, doch nicht im einseitigen Interesse desselben schreitet der Richter im Exekutionsverfahren vor. Er steht nicht auf der Seite des Klägers als ein Rechtsbeistand desselben, sondern über beiden Streittheilen, die beiderseitigen Rechte und Interessen gegen einander abwägend. Die einzelnen Akte des Exekutionsverfahrens zerfallen in Parteihandlungen, welche der Kläger vornimmt, und in richterliche Handlungen. Gewisse zum Zweck der Exekution vorzunehmende Akte sind ihrem Wesen nach obrigkeitliche Handlungen. Am Deutlichsten zeigt sich dies bei der Fronung der Immobilien (missio in bannum) als einer Anwendung des Bannes. Aber auch die Pfändung, die mit einem Eingriff in den Hausfrieden und möglicherweise mit Antastung der Person des Schuldners verbundene Wegnahme von Sachen aus dem Gewahrsam desselben, erscheint als eine nur der Obrigkeit, im ältesten Rechte[339]) gegen den Willen des Schuldners nicht einmal der Obrigkeit zustehende Handlung, so daß, wenn etwa dem Gläubiger selbst die Vornahme der Pfändung vom Richter gestattet wurde, was nach der Treuga Henrici zulässig erscheint, der Gläubiger als Bote (missus) des Richters zu betrachten und die von ihm vorgenommene Pfändung nicht weniger für eine obrigkeitliche zu erklären ist, als die vom Richter selbst oder vom Fronboten vorgenommene. Nicht minder tragen unverkennbar den Stempel obrigkeitlicher Akte die Aufbewahrung des Pfandes während des ersten Abschnittes des

337) Augsb. St. R. (Freyberg 130) phandes helfen. Verm. Sſp. III. 11, 3. Bamb. St. R. §. 117. Schles. Landr. 358, 364. Kulm. III. 105. unde man ym pfandes hilft tzu erbe adir tzu varnder habe u. s. w.

338) Schöffen-Urtheil bei Wasserschleben I. 341. Andere Namen für diese Gebühr Grimm Weisth. II. 428, 504.

339) Oben N. 6.

Digitized by Google

Exekutionsverfahrens, zumal dann, wenn das Pfand unmittelbar in gerichtlichem Gewahrsam blieb, ohne zu borge gethan zu werden[340]), die nach dreimaligem Aufgebot durch das Friedewirken ausgesprochene Präklusion der Einsprache Dritter, die Gewaltigung des Pfandes zum Versatze oder Verkaufe und die Uebereignung (Adjudikation); wogegen die Anträge des Klägers, welche diese Akte des Richters veranlassen, das Aufbieten, das Anbieten zu Haus und Hof und der Versatz oder Verkauf des Pfandes als Parteihandlungen sich darstellen. Diesen Erwägungen gegenüber kann auf die scheinbar entgegenstehende Ausdrucksweise der Quellen kein Gewicht gelegt werden. So wenig man die Fronung eine Parteihandlung des Klägers nennen kann, weil von ihm gesagt wird: vult mittere in bannum[341]), eben so wenig darf es bei der Pfändung geschehn, weil hier und da gesagt ist, der Kläger pfände.

Eine andere Frage ist: Handelte der Richter im Exekutionsverfahren in seiner allgemeinen obrigkeitlichen oder in seiner besonderen judiziellen Eigenschaft? Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein, da der Richter nach Urtheilen handeln mußte. Dies ist zwar sehr bestimmt geleugnet worden[342]), läßt sich aber für alle Stufen des Exekutionsverfahrens nachweisen.

Die Pfändung von Mobilien wurde anfangs vom vollständig besetzten Gerichte, von dem Grafen und sieben Rachimburgen vollzogen[343]). Später, als die Pfändung dem Fronboten übertragen wurde, durfte dieser nicht nach eignem Ermessen oder nach einer Weisung des Richters, sondern nur auf Grund eines von den Schöffen oder sonstigen Urtheilern gefundenen Urtheils zur Pfändung schreiten:

340) Z. B. im Dinghof oder bei dem Keller oder Meier des Klosters, Weisth. I. 7, 32, 48. §. 38, 137, 227.

341) Vgl. oben N. 236.

342) Mittermaier Der gem. d. bürg. Prozeß. Beitrag III. S. 155: (Aufl. 2): „Nicht die Urtheilsfinder kümmerten sich um die Vollziehung, sondern diese war Sache desjenigen, der dem Schöffengerichte vorstand".

343) Vgl. oben N. 137.

Digitized by Google

Nicht ne mut ok de vronebode panden, he ne werde mit ordelen darto gewunnen [344]).

Die Fronung von Immobilien wurde, wie schon die oben angeführte langobardische Formel zeigt [345]), auf Grund eines Urtheils vom Richter verfügt und vom Fronboten vollzogen:

Dat sal die vronebode vronen mit eme crüce, dat he up dat dor steken sal, na scepenen ordele [346])

insbesondere auch die Anleite [347]).

Nach vollzogener Pfändung wurden die während des Stadiums der Aufbewahrung des Pfandes auftauchenden Fragen, z. B. ob genügende Pfänder genommen seien [348]), oder in wessen Gewahrsam sie bleiben sollen [349]), durch Urtheil entschieden.

Endlich wurden die richterlichen Verfügungen, welche das zweite Stadium der Exekution einleiteten oder erledigten, auf Grund einer Urtheilsfindung erlassen, sowohl die Gewaltigung des Pfandes zum Versatze oder Verkaufe [350]), als die Uebereignung desselben an den Gläubiger statt Zahlung [351]).

Mit Rücksicht auf die Thätigkeit des Richters im Exekutions-

344) Ssp. I. 53. §. 3. Vgl. auch Ssp. III. 56. §. 2: dar he mit ordelen to gegeven wert. Weisthum zu Deutz (Weisth. III. 5) Vort so en sullen die vurss. boeden geines burgers pende nemen aen scheffen urdel.

345) Note 236.

346) Ssp. II. 41. §. 1.

347) Landfr. 1303. §. 35. (Legg. II. 483): das im anlaite *erteilet* wird. Z. B. der oben Note 279 angeführte Anleitebrief des kaiserlichen Hofrichters von 1375 beginnt: Wir gebieten euch von gerichts wegen, *als erteilet ist* ...

348) Bamberg. St. R. §. 120: und schullen dy phant fur geriht bringen und erkennen dann dy schopphen, daz er phandes gnuk dargegeben hab ....

349) Frankenberg. R. (Schmincke 738): man sull die phande von stunt dem richter brengin ... der wiss sie dan, wie sie suln mit umgehen ... dazu nimpt he etzlicher scheffen ... die leren en also ...

350) Magd. R. 1304. (Gaupp 276, 295) giebt die Worte des §. 73: unde wirt her des geweldigt zu deme virden dinge im §. 16 mit den Worten wieder: und wirt iz im erteilt zu deme virden dinge.

351) Capit. 817. c. 11. (oben N. 76) per comitem ac ministros ejus. Gl. zu Sächs. Weichb. 27. (oben N. 266) nach des richters und der schepphen schatzunge. Weisthümer II. 428, 537.

Digitized by Google

verfahren bezeichnen mitteldeutsche und süddeutsche Quellen die Exekution als richten[352]), richtung, rachtung[353]), das im Exekutionsverfahren genommene Pfand als verrechtet pfand[354]), die Selbsthülfe als silfrichte[355]).

Die bisherigen Erörterungen mußten vorausgeschickt werden, um die Beantwortung der Frage vorzubereiten, welches materielle Rechtsverhältniß im Exekutionsverfahren durch die Pfändung und die darauf folgenden Handlungen begründet werde. Es handelt sich theils um den Einfluß derselben auf das Forderungsrecht, welches durch die Pfändung zur Befriedigung gelangen soll, theils um das Recht des Gläubigers an dem gepfändeten Gegenstande.

I. Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner.

Zweck des Exekutionsverfahrens war Befriedigung des Gläubigers in Betreff seiner durch Geständniß oder Verurtheilung des Schuldners festgestellten Forderung, sowohl des Hauptgeldes, als der Nebenforderung auf Ersatz des durch Nichterfüllung der Verbindlichkeit verursachten Schadens, insbesondere der Kosten des Rechtsstreits einschließlich der durch das Exekutionsverfahren entstandenen[356]). So lange dieser Zweck nicht erreicht war, dauerte

352) Z. B. Augsb. St. R. (Freyberg 131) hinrihten. Haltaus s. v. richten.

353) Z. B. in Frankfurt, Thomas Oberhof 236. Daher auch Richtung oder Ausrichtung im Sinn von Befriedigung, Weisth. II. 51. uzrachtung, 63. ausraichtung, Bayr. L. R. 285, 306. raitung, Bamberg. R. §. 63.

354) Weisth. I. 67.

355) Hannover. Rsbr. §. 3. (Gengler St. R. 186), Bodenwerdener Rsbr. §. 26. (daf. 29).

356) Magd. Syst. Schöffenrecht III. 2, 75. (Kulm. III. 105) daz hers vorkoufe adir vorsecze vor syne pfennynge und vor redeliche kost. Glog. R. 154. (Wasserschleben I. 21). Bamberg. R. §. 63, §. 291: schuld und schaden. Frankenberg. R. (Schmincke 739) vor sin hoibtgelt unde zugewisseten kuntlichen schaden. Frankfurt. Bac. jud. (Thomas 236) fur die zinse (eingeklagten Grundzins) und fur den gerichts schaden.

Digitized by Google

das Forderungsrecht fort[357]). Weder die Pfändung oder Fronung, noch die Geweldigung zum Verkaufe hob das Forderungsrecht auf. Dies erhellt daraus, daß der Gläubiger, wenn er beim Verkaufe nicht vollständig zur Befriedigung gelangte, wegen des Fehlenden weitere Pfändung verlangen konnte, wogegen er, wenn der Erlös seine Forderung überstieg, den Mehrbetrag dem Schuldner herausgeben mußte[358]). Derselbe Fall konnte bei der Uebereignung an den Gläubiger eintreten, je nachdem der abgeschätzte Werth des Pfandes die Forderung nicht erreichte oder überstieg[359]). Das kleine Keyserrecht scheint die Nachforderung des Fehlenden und die Herausgabe des Ueberschusses nur dann eintreten zu lassen, wenn bei der Geweldigung ein hierauf bezüglicher Vorbehalt gemacht worden[360]):

> Belibt icht uber sin schulde, er sal ez widergeben, *ob er ez mit dem gerichte also hat usgetragen. Lezzet er im aber genugen*, als im der richter die phant gibt, sint sie dann wol erger, er ist doch gewert.

Da aber unter den übrigen Rechtsquellen volle Uebereinstimmung in dieser Hinsicht herrscht, so wird auch diese Stelle so verstanden werden müssen, daß sie im Grundsatz mit jenen übereinstimmt, aber die Möglichkeit anerkennt, daß im einzelnen Falle durch Uebereinkunft zwischen dem Gerichte und dem Kläger die Verpflichtung zur Herausgabe des Ueberschusses erlassen oder das

357) Bamb. R. §. 63. Unnd ob man im pfanndt dofur antwort ... ist dieweil ymmer mer in seiner clage, das er mit dem pfandt antwortten zu hanndt aus der clag nicht komen mug, er hab in dan mit gelt oder mit recht gerichtet.

358) Treuga Henr., vgl. oben N. 144. Ssp. I. 70. §. 2. Extravag. des Ssp. 52. Magd. R. 1295. §. 5. (Gaupp 260). Magd. Syst. Schöffenrecht III. 2, 80. Kulm III. 110. Dsp. 92. Schwsp. 102. Rupr. 71. Bayr. L. R. 233, 234, 236 u. s. w. Die Schlußworte ez en si danne daz in ehaft not letze in Schwsp. Dsp. und Rupr. a. a. O., welche in Beziehung auf das Recht, wegen des Defekts weiter zu pfänden, unverständlich sind, beruhen auf einer Korruption von Ssp. I. 70. §. 2, wo sie auf das Recht des Schuldners, sich der Schuld zu entreden, Bezug haben.

359) Bayr. L. R. 236.

360) Keys. R. I. 26.

Digitized by Google

Recht auf Nachforderung des Fehlenden aufgegeben wurde. Ein Beispiel einer solchen Uebereinkunft bietet das Frankenberger Recht[361]):

Wan einer phande becleyt, so fraget yn der richter, ob he genugin da an habe. Sprecht he: ja, he muss genugen han, ob sie ym nit so vil gelden, als syne schult unde schade ist. Sprecht he aber: so vern sie reichen unde gelden, was sie ym dan nit gelden, so mag he den knecht nemen unde mehe holen.

Die Gefahr des zufälligen Untergangs trug der Schuldner. Zweifelhaft ist aber, ob er sie bis zum Vollzug des Verkaufes oder nur bis zur Geweldigung zum Zweck des Verkaufes zu tragen hatte. Für die letztere Ansicht spricht ein Bremer Ordel[362]):

So we bekummert, alse ein recht is, perde edder quick, dat levendich is, stervet idt, *ehr idt ohme weldiget were*[363]), den schaden schall de hebben, den idt sin is, idt en sy also, dat me one vorrokeloset hebbe, dar mach me ohne umme schuldigen.

Für die erstere Ansicht dagegen das Bayrische Landrecht[364]):

Swenn ainem pfant geantwurt werdent in sein gewalt umb sein gelt, welich schaden im daran widerfuer ungevaerlich, *e er seins geltz gewert wyrde und daz selb pfant verchauft wurde*, dez sol er dhain entgeldnüzz haben und auch an der schuld die man im gelten sol nichtz ab gen.

Ein Leipziger Schöffenspruch[365]), welcher in Beziehung auf das im Exekutionsverfahren gesetzte oder genommene Pfand annimmt:

Was dem viehe wiederfüre zwischen wasser und krippen, *dieweil es ihm nicht gantz geeignet wer vor gericht*, der schade wer des, der es gesatzt hette. Geschehe aber der

361) Schmincke Mon. Hass. 742.

362) Oelrichs S. 91. Nr. 37, Pufendorf II. p. 96. Nr. 75.

363) Stobbe Vertr. 263. übersetzt: ehe das Gericht ihm das Eigenthum zugesprochen hat.

364) Art. 231. (Freyberg IV. 465). Ebenso München. St. R. 105.

365) Bei Zobel Ssp. fol. DXXVIII. Zum Sechsten.

Digitized by Google

schade ausswendig der stelle dem vieh, so müst der den schaden tragen, der das pfandt wer,

kann nicht mit Sicherheit zum Beweise der ersten Meinung benutzt werden, da auch die Gewaltigung zuweilen eigenen genannt wird. Da die Quellen kein sicheres Ergebniß liefern, so kann die Frage nur aus der Natur des Rechtsverhältnisses entschieden werden, welches durch die Gewaltigung entstand. Bei Untersuchung dieses Rechtsverhältnisses ist darauf zurückzukommen.

Die Einleitung des Exekutionsverfahrens wirkte auf das Forderungsrecht des Klägers insofern ein, als die Geltendmachung desselben, wenn einmal ein Exekutionsgegenstand durch Pfändung oder Fronung in Beschlag genommen war, auf diesen Gegenstand sich vorläufig beschränkte. Erst dann, wenn es sich ergab, daß er zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreichte, konnte die Exekution gegen andere Gegenstände gerichtet werden:

bricht dar ichtes an, man sal ine aver panden also lange, wente jene sin gelt hebbe [366]).

In derselben Weise wirkte das Exekutionsverfahren auf das Forderungsrecht, welches dem Kläger gegen einen Dritten als Bürgen zustand. Die Forderung gegen den Bürgen erlosch erst durch Befriedigung des Gläubigers [367]), also weder durch Anstellung der Klage gegen den Hauptschuldner, noch durch die Verurtheilung desselben zur Zahlung [368]), noch auch, muß man hinzufügen, durch die Beschlagnahme eines Vermögensstücks im Exekutionsverfahren gegen den Hauptschuldner. Vielmehr galt in diesem Falle, was auch dann galt, wenn der Hauptschuldner ein Pfand setzte:

Vrage ... na deme dat he tu pande lovede, oft me dat icht tum irsten na sime werde eme afslan scole? .... Dit scal me di al vinden [369]).

366) Vgl. die in Note 358. angeff. Stellen.

367) Bayr. L. R. 65. (Heumann S. 160, fehlt bei Freyberg). Münch. St. R. 175: Swer porg wirt, der mag nicht ledig wern, ünz der selbschol *gewert* wirt mit pfant oder mit pfenning. Glosse bei Homeyer Richtst. 118.

368) Bamberg. St. R. §. 220.

369) Richtst. Landr. 9. To me seveden.

Die Bürgschaft erlosch nicht durch die Pfandsetzung oder Pfandnahme[370]; die Forderung konnte aber nur in dem Betrage gegen den Bürgen geltend gemacht werden, welcher durch den Pfanderlös nicht gedeckt wurde. Der Grund dieser Entscheidung, welcher auch in der Subsidiarität der deutschen Bürgschaft gefunden werden könnte, liegt zugleich in dem Einflusse des Exekutionsverfahrens auf die eingeklagte Forderung. Daher dieselbe Entscheidung auch da Anwendung fand, wo der erste Grund nicht einschlägt, z. B. zu Gunsten des Hauptschuldners oder eines Mitbürgen, wenn auf Klage gegen den Bürgen gepfändet worden war[371].

II. Verhältniß des Gläubigers zum Pfande.

Zieht man zunächst das faktische Verhältniß in Betracht, so ergiebt sich aus der Darstellung des Exekutionsverfahrens von selbst, daß das Pfand während des ersten Abschnittes desselben im Gewahrsam des Gerichts, während des zweiten Abschnittes im Gewahrsam des Gläubigers sich befand.

Abgesehn von der älteren Zeit, in welcher die Exekution nur durch ein Veräußerungsverbot eingeleitet wurde, verlor der Schuldner in der Regel sowohl durch die Pfändung der Mobilien, als durch die Fronung der Immobilien die Detention[372]. Andererseits aber erlangte der Gläubiger durch diese Akte die Detention nicht und war, wenn das Mobiliarpfand bei der Auspfändung in seine Hand gelangte, verbunden, es dem Gerichte zur weiteren Verfügung abzuliefern[373]. Das Pfand war in

370) Es ist wohl nur ein ungenauer Ausdruck, wenn Platner Bürgschaft S. 13. N. 1. sagt, die Bürgschaft erlösche durch Hingabe von Pfändern, da er selbst a. a. O. und S. 105 annimmt, daß der Gläubiger sich nur zunächst an das Pfand halten müsse, ehe er gegen den Bürgen klagen könne.

371) In diesem Sinne ist Schwsp. 353. I. zu erklären: wirt ein man des andern burge, jener habt sich an den burgen oder an den selbscholn, swelhen er wil; da hab sich an und ist der ander ledic.

372) Oben S. 79, 98, 104.

373) Frankenberg. R. (Schmincke 738). Alle rechte setzin, man sull die phande von stunt dem richter brengin ... es syn essinde áder

des Gerichtes Gewalt, und wenn das Gericht das Mobiliarpfand dem Gläubiger zu Borge gab oder ihn in den Besitz der gefronten Immobilien setzte [374]), so war er in keiner andern Lage, als der Schuldner oder ein Dritter, dem das Gericht das Pfand zur Aufbewahrung anvertraute.

Trat dagegen das zweite Stadium des Verfahrens ein, so gewährte das Gericht dem Gläubiger nicht allein das Recht, über das Pfand zu verfügen, sondern setzte ihn zugleich durch Aushändigung des Mobiliarpfandes und Einweisung in den Besitz des Immobiliarpfandes in den Stand, von diesem Rechte Gebrauch zu machen [375]), so daß von nun an das Pfand nicht mehr im gerichtlichen, sondern in des Gläubigers Gewahrsam sich befand.

Was sodann das rechtliche Verhältniß des Gläubigers zum Pfande betrifft, so kann darüber kein Zweifel obwalten, daß ihm während des ersten, lediglich zur sichern Aufbewahrung des Pfandes bestimmten Abschnittes des Verfahrens ein Recht an der gepfändeten Sache nicht zustand. Die Pfändung und Fronung hatte nur die Wirkung eines Arrestes. Sie bewirkte keine andere Rechtsveränderung, als daß der gepfändete Gegenstand der Verfügung des Schuldners entzogen und für die Befriedigung des Gläubigers gesichert war. Sie gewährte dem Gläubiger weder auf den Besitz noch auf den Gebrauch und die Früchte des Pfandes ein Recht.

Wenn hiermit dem Gläubiger ein dingliches Recht an der Sache des Schuldners abgesprochen wird, so soll damit nicht gesagt sein, daß sein Anspruch, vermittelst der gepfändeten oder gefronten Sache befriedigt zu werden, gegen den dritten Besitzer derselben nicht hätte geltend gemacht werden können. Das Gegentheil ergiebt sich daraus, daß der Gläubiger auch die im Besitze dritter Personen befindlichen Sachen des Schuldners als Exekutionsgegenstand angreifen durfte [376]). Die gepfändeten oder gefronten

leiginde phant, das he sie besehet. Der wiss sie dan, wie sie suln mit umgehen, dass yderman recht geschee.

374) Oben S. 80, 108.

375) Oben S. 90, 111.

376) Vgl. oben Note 98 ff.

Digitized by Google

Sachen hörten aber dadurch, daß sie in den Besitz Dritter geriethen, nicht auf, zum Vermögen des Schuldners zu gehören, und eine Veräußerung von Seiten des Letztern war ungültig, da ihm durch die Pfändung oder Fronung die Dispositionsbefugniß entzogen war[377]). Bei gepfändeten Mobilien war jedoch die Möglichkeit, die Befriedigung aus dem Pfande auch dem dritten Besitzer gegenüber zu erlangen, den Beschränkungen unterworfen, welchen die Verfolgung der Rechte an fahrender Habe überhaupt unterlag.

War das Mobiliarpfand dem Schuldner bei der Pfändung abgenommen und vom Gerichte einem Dritten zu Borge gethan, so konnte der Letztere auf Grund des von ihm geleisteten Versprechens angehalten werden, das Pfand an das Gericht wieder abzuliefern. War ihm aber die Sache abhanden gekommen, so stand der Grundsatz Hand wahre Hand der Klage gegen einen anderweiten Besitzer derselben entgegen, jedoch mit dem oben[378]) hervorgehobenen Unterschiede zwischen dem sächsischen und süddeutschen Rechte.

War das dem Schuldner bei der Pfändung abgenommene Pfand dem Gläubiger zu Borge gethan, ihm aber abhanden gekommen, so machte sich diese Verschiedenheit des sächsischen und süddeutschen Rechtes ebenfalls geltend, indem ersteres dem Eigenthümer, hier dem Schuldner[379]), letzteres demjenigen, der die Sache für den Eigenthümer aufbewahrt, hier dem Gläubiger[380]), die Klage gegen den dritten Besitzer zugestand.

War endlich das Mobiliarpfand bei der Pfändung im Besitze des Schuldners gelassen und hierauf in den Besitz eines Dritten gelangt, so wurde, abgesehn von Kollusionen des Dritten mit dem Schuldner zum Nachtheil des Gläubigers[381]), der Dritte gegen den Anspruch des Letztern auf das Pfand geschützt, und

377) Frankf. Bac. jud. 41. (Thomas 239) obe er solichen sinen (in Kommer gelegten) anfalle verkeuffen, veruszern oder mit willen verzihen wurde, *es hilffet yn nit.*

378) Vgl. oben Note 116, 117.

379) Goslar. Stat. 99, 5.

380) München. St. R. 177.

381) Oben Note 233.

Digitized by Google

insbesondere einem andern Gläubiger, welcher das Pfand durch eine spätere Pfändung dem Schuldner abnahm, ein besseres Recht daran zugeschrieben, als demjenigen Gläubiger, welcher das Pfand im Besitze des Schuldners gelassen hatte[382]). Die Pfändung ohne Besitzentziehung gewährte demnach dem Gläubiger geringere Sicherheit, als die Wegnahme des Pfandes. Es ist daher anzunehmen, daß das Gericht nicht ohne Zustimmung des Gläubigers[383]) oder genügende Kaution das Pfand im Besitze des Schuldners belassen durfte.

In dem zweiten, die Verwendung des Pfandes zur Befriedigung des Gläubigers bezweckenden Abschnitte des Verfahrens erwarb der Gläubiger die Gewere. Was das Mobiliarpfand betrifft, so fehlt es zwar an einer Belegstelle für diese Annahme; nach den allgemeinen Regeln über den Erwerb der Gewere an Mobilien unterliegt es aber keinem Zweifel, daß der Gläubiger durch gerichtliche Gewaltigung mit hinzukommender Uebergabe die gepfändete Fahrniß in seine Gewere brachte. In Betreff des Immobiliarpfandes fehlt es nicht an Quellenzeugnissen. Beim Insatz- oder Anleite-Verfahren erlangte der Gläubiger, wenn er nach Verlauf von sechs Wochen drei Tagen nach der Fronung eingesetzt wurde, die nutzgewer[384]). Bei der Immobiliar-Exekution des Magdeburgischen Rechtes wird dem eingewiesenen Gläubiger eine rechte gewere zugeschrieben[385]). In süddeutschen

382) Nordhaus. St. R. (Albrecht Gew. R. 278). Quicumque pignoraverit talia, que de possessione pignorati possint duci vel pelli sub potentiam pignorantis et relicta fuerint in possessione pignorati, alius, si supervenerit, salvo jure (d. i. ohne durch das Recht des Erstern gefährdet zu sein) pignorabit. Vgl. unten §. 8.

383) Luzern. Stat. 1449: wenn er also gütig sin wil. Wyß in Zeitschr. f. schweiz. R. VII. 38.

384) Urk. 1300. (Haltaus s. v. anleite) in nuzeliche gewer. Urk. 1409. (Zöpfl R. G. 905. R. 12). In Urk. 1374. (Boehmer Cod. dipl. Moenofrancof. I. 738) anullirt der Kaiser das beim kaiserlichen Hofgericht stattgehabte Verfahren und namentlich folgende Theile desselben: klag, ladung, anleit (das Kommissorium für den Anleiter), eht (die missio in bannum oder Fronung) und nutzgewer.

385) Glogau. R. 136. (Wasserschleben I. 19). Ap eyme gehulfin wurde

Rechtsquellen heißt es von dem Falle der Exmission des Schuldners, das Grundstück werde dem Gläubiger mit nutz unde mit gewer zum Verkaufe überantwortet[386]). Das Urtheil, welches die Gewaltigung (Ueberantwortung) des Grundstücks ausspricht, genügt zur Begründung der Gewere des Gläubigers ohne hinzukommende Einsetzung desselben in die thatsächliche Innehabung des Grundstücks. Zwar erwähnen sächsische Rechtsquellen der sessio triduana neben der Gewaltigung wie neben der Auflassung[387]). Wie aber im Falle der Auflassung der Erwerb der Gewere durch das dreitägige Besitzen des Grundstücks nicht bedingt ist[388]), so ist ein Gleiches auch im Falle der Gewaltigung anzunehmen. Die Bedeutung des dreitägigen Besitzens des Grundstücks wird ausdrücklich dahin bestimmt, daß dasselbe nöthig sei, wenn der Gläubiger eine *rechte* gewere daran haben will. Offenbar ist hierunter nicht die rechte Gewere in ihrer engeren und eigentlichen Bedeutung verstanden, da sie ohne Rücksicht auf die Frist von Jahr und Tag eintreten soll, und da der Gläubiger, wenn der Schuldner das Grundstück zurückfordert, sich mit dem Gerichtszeugniß oder mit Gezeugen vertheidigen muß[389]), während die rechte Gewere das Recht gab, sich mit dem Alleineid zu vertheidigen. Ebensowenig aber kann der Ausdruck rechte gewere in dem ganz allgemeinen Sinn einer rechtmäßig, insbesondere vor Gericht erworbenen Gewere verstanden werden, denn die

---

czu erbe unde gute unde dor ym geweist wurde ..., wil her dor an eyne rechte gewere haben, her sol dy frone beslofen 3 nacht unde dor ynne essen, so hat her dar an eyne rechte fronunge unde gewere, dor nach mag her ... vorseczczin oder vorkeuffin vor seyn gelt.

386) Augsb. R. (Freyberg 132) so soln im der burggrafe druz triben unde solz im mit nutz unde mit gewer antwrten unde sol er damit tun als vor umbe daz aigen ze verkauffene geschrieben ist.

387) Glogau. R. 136, vgl. oben Note 385.

388) Vgl. Stobbe in Ersch und Gruber Enc. Sect. I. Th. LXV. S. 456 ff.

389) Magd. R. 1304. §. 16. jener, deme daz gut erteilet ist, der ist nahr, daz gut *mit gezuge* zu behaldene, denne jenir; §. 73. ist naher, sine wetteshaft zu behaldene *mit deme richtere unde mit den scepphen, mit gezugen*, danne jener zu behaldene, wanne iz uz von den weren comen ist.

Digitized by Google

Gewere war auch ohne das Besitzen durch die richterliche Geweldigung rechtmäßig erworben. Vielmehr bedeutet rechte gewere in diesem Zusammenhang die mit der Innehabung verbundene, völlige Gewere im Gegensatze zu einer juristischen Gewere ohne Innehabung[390]; eine Gewere, bei welcher der Berechtigte, wie es auch ausgedrückt wird, *vollkomen* an dem rechte ist[391]. Eine in diesem Sinne rechte Gewere setzte aber voraus, daß der Berechtigte thatsächlich in den Besitz eingetreten war, sei es daß das Gericht ihn eingesetzt[392], oder daß er selbst sich einseitig und außergerichtlich in den Besitz gesetzt hatte, was durch das dreitägige Sitzen, Essen und Schlafen auf dem Grundstücke geschah[393].

Aus dem Bisherigen ergiebt sich, daß und in welchem Zeitpunkte der Gläubiger in dem zweiten Abschnitte des Exekutionsverfahrens die Gewere, das Besitzrecht erwarb. Hiermit ist die Frage noch nicht beantwortet, welcher Art das Recht war, auf welchem die Gewere desselben beruhte.

Man könnte die Ansicht aufstellen, die Geweldigung enthalte eine Adjudikation, durch welche das Gericht das Pfand dem Gläubiger als Eigenthum zuspreche, und zwar nach denjenigen Rechten, nach welchen das Pfand durch Veräußerung zu versilbern ist, gegen Uebernahme der Verpflichtung, dasselbe zu versetzen oder zu verkaufen. Für diese Ansicht könnte man sich darauf berufen, daß das weldigen zuweilen eigenen genannt wird[394]. Auch die Geschichte des Exekutionsverfahrens könnte hierfür angeführt werden, indem nach älterem Rechte das Mobiliarpfand dem Gläubiger von dem Grafen und den Nachimburgen auf Grund einer Schätzung als Eigenthum zugesprochen worden

390) Für diese Bedeutung der rechten Gewere verdient Keyſ. R. II. 109. beachtet zu werden.

391) Sächſ. Weichb. 20. §. 3.

392) Sächſ. Weichb. 20. §. 2.

393) Vgl. die in N. 285. angeff. Stellen.

394) Magd. R. 1295. §. 5. (Gaupp 260). Magd. Syſt. Schöff. R. III. 2, 80. Kulm. III. 110. Vgl. Albrecht Gew. N. 354 a, Göſchen Goſl. Stat. 183. N. 5, oben N. 285.

Digitized by Google

und eine Veränderung nur insofern eingetreten sei, als später das Gericht, anstatt einer Schätzung, dem Gläubiger zur Pflicht gemacht habe, die Sache zu versetzen oder zu verkaufen, wodurch ihr Werth am Sichersten ermittelt werde. Man könnte hierbei auf andere Fälle verweisen, wo eine Veräußerung gegen Uebernahme der Verpflichtung zur Weiterveräußerung stattfinde, z. B. bei der Veräußerung von Grundstücken an die todte Hand[395]) oder an Ausmärker, Geistliche, Juden, Adlige[396]). Nach dieser Meinung würde die Gewere des Gläubigers als Eigenthumsgewere anzusehn sein.

Nach einer andern Ansicht[397]) erlangte der Gläubiger ein dingliches Recht an fremder Sache, und zwar dasselbe Recht, welches bei freiwilliger Verpfändung durch die Satzung begründet wurde. Hiernach würde die Gewere des Gläubigers als Pfandgewere anzusehn und mit der Satzungsgewere zu identifiziren sein. Zum Beweise dieser Ansicht kann man sich auf Stellen berufen, wo das Pfand auch nach der Gewaltigung noch Pfand genannt[398]) oder von dem Gläubiger gesagt wird, er besitze die Sache phandewysse[399]), er habe die pfantwere[400]).

Weder die eine noch die andere Ansicht kann als durchweg richtig anerkannt werden. Vielmehr gestaltete sich das Recht des Gläubigers verschieden je nach dem zu seiner Befriedigung eingeschlagenen Verfahren.

Ging das Verfahren darauf hinaus, die in Pfand genommene Sache dem Gläubiger an Zahlungsstatt zu übereignen, wie es bei Immobilien nach den oben S. 106 ff. erwähnten Rechten der Fall war, so erlangte der eingewerte Gläubiger durch den ersten

395) Altenburg. R. §. 23. (Gengler St. R. 7). Rotenburg. R. §. 12. (daſ. 385). Wien. R. 1340. §. 42. (Bischoff 196).

396) Bruck. R. §. 5. (Gengler St. R. 59). Rotenburg. R. §. 12. (daſ. 385). Bamberg. R. (Bischoff 81). Frankf. Bac. jud. §. 73. (Thomas 249).

397) Albrecht Gew. S. 37.

398) Magd. R. 1304. §. 73. (Gaupp 295); ſ. oben Note 389.

399) Vgl. oben N. 268, 269.

400) Nik. Wurms Gl. zu Sächſ. Lehnr. 43. im Auszuge bei Homeyer Ssp. II. 1, 360. Nr. 22.

Digitized by Google

Insatz vorläufiges, durch den zweiten Insatz endgültiges Eigenthum. Es verhielt sich in diesem Falle, wie in andern Fällen, wo eine Sache oder ein Recht durch Vertheilung erst provisorisch, nach Jahr und Tag aber definitiv dem Schuldigen aberkannt und einem Andern zuerkannt wurde, namentlich bei der Acht und Lehnsprivation: das durch die erste Vertheilung dem Andern erworbene Recht war von dem durch die zweite Vertheilung entstehenden Rechte nicht dem Inhalte nach, sondern nur in Betreff der Widerruflichkeit verschieden. Daher ist das Besitz-, Nutzungs- und Gebrauchsrecht des eingewerten Gläubigers zunächst als ein resolutiv bedingtes Eigenthum aufzufassen, welches im Falle der Einlösung erlosch, im Falle der Nichteinlösung aber nach Jahr und Tag durch einen zweiten Insatz in unbedingtes Eigenthum sich verwandelte. Dieser Auffassung steht nicht entgegen, daß gesagt wird, der eingewerte Gläubiger besitze das Grundstück pfandweise; hiermit ist gesagt, daß das Grundstück gleich einem Pfande wieder eingelöst werden könne.

Ging das Verfahren dagegen darauf hinaus, den Gläubiger durch Versilberung der in Pfand genommenen Sache zu befriedigen, wie es bei Mobilien und nach den oben S. 115 ff. erwähnten Rechten auch bei Immobilien der Fall war, so erwarb der Gläubiger durch die Gewaltigung das Eigenthum des Pfandes nicht. Dies ergiebt sich mit Sicherheit daraus, daß, wenn es zum Versatze kam, der Gläubiger die Sache nicht als eine ihm, sondern als eine dem Schuldner gehörige versetzte, so daß diesem das Einlösungsrecht zustand, während der Gläubiger, nachdem er vermittelst des Pfandschillings befriedigt war, in keinem Verhältnisse zu dem Pfande mehr stand[401]); ferner daraus, daß, wenn weder Versatz noch Verkauf zu Stande kam, das Pfand nunmehr dem Gläubiger als Eigenthum zugesprochen wurde[402]), was keine Bedeutung hätte, wenn das Eigenthum schon vorher mit der Gewaltigung auf ihn übergegangen wäre. Wenn das

401) Vgl. oben Note 207 ff., 320.
402) Vgl. oben N. 221, 327 ff.

Digitized by Google

weldigen zuweilen eigenen genannt wird, so kann dies nur so verstanden werden, daß dem Gläubiger gestattet wird, gleich einem Eigenthümer durch Versatz oder Verkauf über die gepfändete Sache zu verfügen. An anderen Stellen wird das weldigen und eigenen neben einander erwähnt[403]).

Das Recht, welches der Gläubiger durch die Geweldigung erwarb, ist aber auch nicht identisch mit dem Rechte, welches durch Satzung entstand. Der wesentliche Inhalt jenes Rechts besteht in der Befugniß, das Pfand zu veräußern und den Erlös zur Tilgung der Schuld zu verwenden. Das damit verbundene Besitzrecht ist eine Folge dieser Befugniß; dem Gläubiger wird das Recht auf den Besitz des Pfandes deßhalb eingeräumt, um ihn zur Veräußerung desselben in den Stand zu setzen. Dagegen erscheint die Befugniß des Gläubigers, das Pfand bis zur Veräußerung zu gebrauchen und die Früchte davon zu ziehen, als nebensächlich und unwesentlich; denn der Zweck der Exekution, die Befriedigung des Gläubigers, wird dadurch nicht erreicht, und für die wesentliche Befugniß des Gläubigers, das Distraktionsrecht, ist es gleichgültig, ob er das Pfand inzwischen benutzt oder nicht, ob er die Naturalnutzung oder eine Geldrente davon bezieht. Gerade das Recht, welches die wesentliche Wirkung der Geweldigung bildet, wurde durch die Satzung nicht begründet; denn, wie unten zu zeigen sein wird (§. 7), die Satzung von Immobilien begründete zwar ein veräußerliches Recht, aber nicht das Recht, die versetzte Sache dem Eigenthume nach zu veräußern, und die Satzung von Mobilien begründete das Distraktionsrecht wenigstens nicht überall. Es kann daher von Identität des durch Satzung und des durch Geweldigung des Pfandes im Exekutionsverfahren entstehenden Rechtsverhältnisses keine Rede sein, abgesehn von der sog. neuern Satzung, welche sich im Anschluß an das Exekutionsverfahren entwickelte (§. 8).

Das Veräußerungsrecht des Gläubigers entsprang nicht aus Eigenthum oder Satzungsrecht desselben, sondern lediglich aus der Vollmacht, gewalt, welche das Gericht ihm vermittelst der

403) Vgl. oben Note 221.

Digitized by Google

Gewerdigung ertheilte, die daher auch licentia oder auctoritas genannt wird [404]).

Die Gewerdigung legitimirte den Gläubiger Dritten gegenüber zu Dispoſitionen, welche dem Eigenthümer zuſtehn. Sie vertrat insbeſondere dem Pfandnehmer oder Käufer gegenüber die Stelle einer Vollmacht des Eigenthümers zum Verſatze oder Verkaufe der gepfändeten Sache.

Die Gewere, welche ſie begründete, hatte mithin die Natur derjenigen Gewere, welche dem Treuhänder zugeſchrieben wird [405]). Sie iſt namentlich der Gewere des vom Eigenthümer zur Veräußerung ermächtigten Salmanns zu vergleichen. Der Gläubiger erlangte die Gewere, um im Stande zu ſein, ſie beim Verſatze oder Verkaufe der gepfändeten Sache auf den Pfandnehmer oder Käufer zu übertragen. Handelte es ſich um Immobilien, ſo nahm der Gläubiger bei der Veräußerung die Auflaſſung vor. Dies iſt insbeſondere für das Gebiet des Lübiſchen Rechts erweislich [406]). Die Mitwirkung des Schuldners wird hierbei bald gar nicht, bald nur als Nebenſache erwähnt. Es ſcheint demnach weder eine vorgängige Auflaſſung vom Schuldner auf den Gläubiger [407]), noch eine Zuziehung des Schuldners bei der Auflaſſung vom Gläubiger auf den dritten Erwerber nöthig geweſen zu ſein.

404) Treuga Henr. R. §. 15. (oben N. 144): judicis auctoritate distrahatur. Dieſſenhofen. Priv. 1260. §. 29. (Gengler St. R. 83): de licentia sculteti et consilii libere potest venumdare.

405) Albrecht Gew. 231.

406) Es ſind hierfür Stadtbuch-Inſkriptionen anzuführen, die zwar von der ſog. neuern Satzung handeln, aber aus den in §. 8. entwickelten Gründen auch hierher gezogen werden können. Roſtock. Stadtb. Inſkr. 1273. (ungedr.) H. de R., E. V., S. G. D. vendiderunt Heinrico de P. hereditatem Arnoldi de S., quae ipsis fuit impignorata. *Hanc sibi resignaverunt.* Et Alheidis, vidua Arnoldi, cum heredibus suis venditionem stabilem promiserunt tenere. Desgl. 1281. (ungedr.) W. G. de B. .... et alii omnes, quibus hereditas Tydemanni Longi fuit obligata, communi manu vendiderunt Salomoni ... eandem hereditatem, sicut Tydemanni fuit, *et illam sibi coram consilio rationabiliter resignaverunt.*

407) Die Worte unde late sik dat to scriven in Lüb. R. Brokes III. 141. (Hach III. 255. N. 8) können auf die Verzeichnung der Gewerdigung im Stadtbuch bezogen werden.

Digitized by Google

Nur in dem Falle, daß das Grundstück in Ermangelung eines andern Käufers dem Gläubiger selbst als Eigenthum zugesprochen wurde, sollte der Schuldner dasselbe dem Gläubiger auflassen und dazu nöthigenfalls gezwungen werden[408]). Wo der Gläubiger bis zur Veräußerung die Früchte zog[409]) oder eine Geldrente vom Schuldner empfing[410]), gestaltete sich seine Gewere als Pfandnutzungsgewere oder als Zinsgewere.

Was endlich das Obligationsverhältniß betrifft, welches durch die Ermächtigung des Gläubigers zur Veräußerung der gepfändeten Sache entstand, so erschien derselbe als Bevollmächtigter des Schuldners, nicht des Gerichtes. Es ist oben gezeigt worden, daß der Versatz oder Verkauf Sache des Gläubigers, nicht des Gerichtes war. Es handelte sich also nicht um die Erfüllung einer Obliegenheit des Gerichtes durch einen Vertreter desselben, wenn das Gericht den Gläubiger zur Pfandveräußerung ermächtigte, sondern der Gläubiger, welcher eine nur dem Schuldner zustehende Disposition über dessen Sache treffen wollte, schützte sich gegen den Vorwurf unbefugten Handelns dadurch, daß er eine Erlaubniß des Gerichts erwirkte, welche eine Vollmacht des Schuldners ersetzte. Die Verbindlichkeit des Gläubigers, die gepfändete Sache nach der Gewaltigung bis zur Veräußerung sorgfältig zu verwahren und zu bestellen[411]), sie so theuer als möglich zu verkaufen[412]) und die Hyperocha herauszugeben[413]), bestand dem Schuldner, nicht dem Gerichte gegenüber. Auch der Anspruch des Gläubigers auf Ersatz der Kosten, welche ihm durch die Pfandveräußerung erwuchsen, insbesondere der Fütterungskosten bei essenden Pfändern, war gegen den Schuldner, nicht gegen das Gericht begründet[414]). Es wird nicht allein im All-

408) Hamb. R. 1270. I. 14. Lüb. R. (Hach III) 255.

409) Z. B. nach Magdeb. Recht, oben N. 289.

410) Z. B. nach Hamb. Lüb. Recht, oben N. 300.

411) Gl. zu Sächs. Lehnr. 43. (oben N. 400): soll daz gut mit truwen vorstehin und beerbeitin.

412) Vgl. oben N. 213 ff.

413) Vgl. oben N. 358.

414) Vgl. oben N. 356.

Digitized by Google

gemeinen anerkannt, daß der Schuldner diese Kosten zu tragen habe, gleichviel ob der Gläubiger oder ein Dritter das Vieh in Pflege hatte[415]), sondern auch, daß diese Verpflichtung diejenigen Kosten umfasse, welche nach der Gewaltigung entstehen, und, wo dem Schuldner die Einlösung des verkauften Pfandes noch eine Zeit lang frei stand, daß auch die nach dem Verkaufe aufgewendeten Futterkosten zu ersetzen seien, jedoch unter Aufrechnung der gezogenen Nutzung[416]).

Es ist nunmehr möglich, die oben ausgesetzte Frage zu beantworten, wer nach der Gewaltigung die Gefahr des zufälligen Untergangs der gepfändeten Sache trug. Der Treuhänder, namentlich der Mandatar, trug im Allgemeinen die Gefahr des Zufalls in Betreff der ihm zu treuen Händen übergebenen Sache nicht und hatte nicht einmal den Schaden zu tragen, welchen er an seinem eignen Vermögen bei Ausrichtung des Auftrages durch Zufall erlitt[417]). Diese Regel unterlag aber einer Ausnahme, wenn der Treuhänder für seine Thätigkeit Bezahlung empfing, insbesondere bei der Verkaufskommission[418]). Man darf diese Ausnahme auf alle Fälle beziehen, wo Jemand fremde Geschäfte im eignen Interesse freiwillig übernimmt, indem der Grund der Ausnahme darin liegt, daß er mit der Aussicht auf Gewinn auch die Gefahr eines zufälligen Nachtheils übernimmt. Ein Fall dieser Art aber liegt vor, wenn einem Gläubiger die gepfändete Sache zum Zweck der Veräußerung gewaltigt wird,

415) Leipz. Schöff. Urth. bei Zobel Sp. DXXVIII: was es veratzete, die atzung muss der legen, des das vieh were gewest, nach rechter füterung oder atzung rechts kauffs.

416) Frankenberg R. (Schmincke Mon. Hass. 739): unde wer die phande also koifft, der sal sie 14 tage halden dem zu gude, dess sie sint, fudern unde waren als syn eigen ander vehe. Loess es jener in der tzyt, he sal im syn fuder zu dem gelde na erkenntniss tzuvor abe leigen. Sint es aber kühe oder ander melgk vehe, den genosz mag he dywile davon nemen unde an dem fuder abeslahin.

417) Cropp in Hudtwalker und Trummer Crim. Beitr. II. 244. Anders das römische Recht l. 26. §. 6. mand. (17, 1).

418) Albrecht Gew. 135. Budde Zeitschr. f. D. R. IX. 420. Stobbe Vertr. 227. 233.

Digitized by Google

da er nicht lediglich im Interesse des Schuldners, sondern wie ein procurator in rem suam im eignen Interesse die Veräußerung übernimmt. Es ist daher anzunehmen, daß bei dem genommenen Pfande bis zur Gewaltigung der Schuldner, nach der Gewaltigung aber der Gläubiger die Gefahr des zufälligen Unterganges trug, und daß diejenigen Rechtsquellen, welche die Gefahr auch nach der Gewaltigung bis zum Verkaufe des Pfandes dem Schuldner aufbürden[419]), vom gemeinen Rechte abweichen.

§. 3.

2. Die Pfändung im Arrestverfahren.

Der Ausdruck Pfändung dient auch zur Bezeichnung des Arrestes[1]). Die materielle Bedeutung des Rechtsverhältnisses, welches durch die Pfändung in diesem Sinne entsteht, ergiebt sich von selbst, wenn man das Arrestverfahren und sein Verhältniß zum Exekutionsverfahren einer Prüfung unterzieht.

Was wir heutigentags Arrest nennen, findet sich im Mittelalter in verschiedenen Anwendungen: als Bestetigung eines Verbrechers, um die Vollziehung der Strafe an der Person desselben zu sichern, als Anfang einer beweglichen Sache, auf welche dingliche Ansprüche erhoben werden[2]), als Beschlagnahme von Exekutionsobjekten, um die Befriedigung eines Gläubigers sicher zu stellen. Nur die zuletzt erwähnte Anwendung kommt hier in Betracht. Die beiden ersteren würden nur dann eine mittelbare Bedeutung für die gegenwärtige Untersuchung haben, wenn ihr

419) Vgl. oben N. 364.

1) Vgl. außer den von Albrecht Gew. S. 130, 137. gesammelten Stellen: Ssp. Extravag. 44. (Homeyer 254) ufhaldin adir pfenden; Hamb. St. R. 1270. VI. 28, Hach III. 323; Vertrag der Stadt Hamburg mit dem Lande Wursten 1288. (Lappenberg Hamb. R. LXX) occupatione que pandacio vulgo dicitur; Gosl. Stat. 65. Z. 26. besetten oder panden.

2) Ueber die Auffassung des Anfangs als Arrest vgl. Weiske Zeitschr. für D. R. XIV 135; über das forum arresti in Anwendung auf den Anfang Stobbe in Bekker und Muther Jahrb. I. 445. Das Olmütz. Stat. 1326. (Bischoff Oest. St. R. 108) übersetzt das Anfangen arrestare.

Digitized by Google

Zusammenhang mit jenem dritten Falle im Rechte des Mittelalters erkannt und durch Aufstellung gemeinsamer Rechtsregeln ausgeprägt wäre, was nicht der Fall ist; es findet sich nicht einmal ein gemeinsamer Name, unter welchem die verschiedenen Anwendungen des Arrestes zusammengefaßt würden.

Was den Arrest zur Sicherstellung von Forderungsrechten betrifft, so ist ein Zusammenhang desselben mit der Exekution schon deßhalb wahrscheinlich, weil für beide die Bezeichnung Pfändung gebraucht wird. Und eine nähere Betrachtung ergiebt, daß in der That der Arrest nichts anderes, als ein Akt der Exekution und daß das Arrestverfahren aus dem Exekutionsverfahren hervorgegangen ist.

Der vorhergehende Abschnitt liefert den Beweis, daß das Exekutionsverfahren in seinem regelmäßigen Verlaufe seit den ältesten Zeiten mit einem Arreste begann. Das Veräußerungsverbot des salischen Rechts, die missio in bannum des fränkischen Reichsrechts, die Pfändung der Mobilien und die Fronung der Immobilien in den deutschen Rechtsbüchern haben den Zweck, durch Beschlagnahme von Exekutionsobjekten die Befriedigung des Gläubigers zu sichern, und erreichen diesen Zweck gleich dem heutigen Arreste bald dadurch, daß sie den Schuldner an einer dem Gläubiger nachtheiligen Verfügung über den in Beschlag genommenen Gegenstand durch ein Verbot rechtlich verhindern, bald in noch wirksamerer Weise dadurch, daß sie dem Schuldner die Möglichkeit einer solchen Verfügung durch Verbringung des Gegenstandes in gerichtliches Gewahrsam auch faktisch benehmen. Es kann daher nicht befremden, daß zur Bezeichnung dieses das Exekutionsverfahren einleitenden Aktes dieselben Ausdrücke gebraucht werden [3]), welche auch sonst den Arrest bezeichnen: pfenden, fronen, kommern, besetzen, verbieten, versperren u. a. m.

Den Arrest von der Exekution zu unterscheiden, war nur da ein Anlaß gegeben, wo er nicht, wie im gewöhnlichen Ver-

3) Vgl. §. 2. Note 244 bis 248. Die lateinischen Ausdrücke sind: arrestare, sasire (z. B. Freiburg. Handf. 1249. §. 73. bei Gaupp St. R. II. 96, Burgdorf. Handf. 1316. §. 114. daf. II. 132), interdicere, occupare.

Digitized by Google

fahren, unmittelbar zu der Befriedigung des Gläubigers hin leitete, sondern von den hierauf bezüglichen Handlungen durch ein inzwischen stattfindendes Verfahren getrennt war. Unter besondern Umständen nahm das Exekutionsverfahren einen von der Regel abweichenden Verlauf, indem der Arrest, welcher dasselbe einleitete, zu einer Zeit verhängt und vollzogen wurde, wo die gewöhnlichen Voraussetzungen der Exekution noch nicht vorlagen, wogegen die weiteren Exekutionshandlungen erst dann vorgenommen wurden, wenn die Erfordernisse der Exekution oder ein Surrogat derselben nachträglich beschafft worden waren. Es würde richtiger sein, dieses Verfahren ein irreguläres Exekutionsverfahren zu nennen; dem heutigentags üblichen Sprachgebrauche gemäß soll dasselbe hier als Arrestverfahren dem Exekutionsverfahren entgegengesetzt werden, wobei jedoch zu beachten ist, daß dasselbe im deutschen Rechte des Mittelalters die Funktionen des heutigen Arrestprozesses und Konkursprozesses in sich vereinigt.

Ueberblickt man die Fälle, in welchen das Arrestverfahren zugelassen wurde, so ergiebt sich das allen gemeinsame Merkmal, daß der Arrest stattfand, wenn die Befriedigung des Gläubigers im Wege des gewöhnlichen Exekutionsverfahrens wegen besonderer in der Person des Schuldners obwaltender Umstände entweder nicht möglich war oder doch vom Schuldner vereitelt werden konnte. Indessen ist es aus den Quellen nicht ersichtlich und nach der Weise der ältern deutschen Rechtsbildung nicht wahrscheinlich, daß man von diesem oder irgend einem andern abstrakten Grundsatze aus die Zulässigkeit des Arrestes bemaß. Es gilt daher, die einzelnen Fälle, in welchen der Arrest angewendet wurde, und das in den einzelnen Fällen desselben beobachtete Verfahren aus den Quellen zu ermitteln.

Die ältesten Quellen des Arrestprozesses, der sich in Deutschland bis zur Aufnahme des römischen Rechts ohne Einwirkung fremden Rechts entwickelte, sind die Stadtrechte. Der Sachsenspiegel mit dem Richtsteige und der Schwabenspiegel enthalten noch keine Spur des Arrestes wegen Schulden. Man hat in Ssp. I. 70. §. 2. eine Anwendung desselben gefunden[4]). Die Worte:

4) Albrecht Gew. R. 301. Weiske in Zeitschr. für D. R. XIV. 132.

Klaget man aver umme scult over den, *die nicht dingplichtig n'is*, noch dar to antworde nicht n'is

sollen als Beweis dienen, daß es sich um einen Arrest gegen einen fremden Schuldner handele. Allein es ist in der Stelle weder die Voraussetzung erwähnt, durch welche die Möglichkeit eines Arrestes bedingt ist, nämlich Anwesenheit des Schuldners oder Vorhandensein von Vermögensstücken desselben im Gerichtsbezirke, noch entspricht das daselbst beschriebene Verfahren dem unten darzustellenden Arrestverfahren. Vielmehr ergiebt sich aus dem Zusammenhange des §. 2. mit §. 1.[5]), wie aus dem Zusammenhange der in §. 2. angeführten Handlungen: Klage, Zahlungsbefehl, Pfändung, daß von einem beim Ungehorsam des Beklagten eintretenden gewöhnlichen Exekutionsverfahren die Rede ist. Die Worte die nicht dingplichtig n'is, welche schon früh Schwierigkeit gemacht zu haben scheinen[6]), können auf Urtheilsfinder bezogen werden[7]); dann ergiebt sich der Sinn: Klagt Jemand wegen Schuld gegen einen Andern, der in den drei zur Verhandlung der Sache bestimmten Dingen nicht erscheint, obwohl er entweder als Urtheilsfinder ohne besondere Ladung zu erscheinen verpflichtet oder als Antworter geladen ist, so findet beim Ungehorsam des Beklagten ein Zahlungsbefehl mit vierzehntägiger Frist und beim Ablauf dieser Frist die Pfändung statt. Diese Auslegung hat auch die Glosse für sich[8]):

Es möchte einer fragen, wie doch ein richter dem gebieten möge, der zu seinem ding zu kommen nicht pflichtig ist? Diss entscheide also und sage: das wol etliche zu einem gericht gehören, die doch nicht alda dingpflichtig sein; als allerhand leut in der Marck gehören zu des Marggrafen von Brandenburg gerichte, gehören aber nicht aus pflicht

5) Vgl. oben S. 78.

6) In der entsprechenden Stelle Richtst. Ldr. 7. §. 1. lesen mehrere Handschriften ab her da dinges plichtig si ader nicht.

7) Vgl. Homeyer Richtst. 418. Im Schwsp. 314. I. lantaidinc genannt.

8) Gl. zu Ssp. I. 70. §. 2. bei Zobel CLXV. nr. 7. Vgl. auch Gl. bei Homeyer Ssp. I. 70. §. 2.

zu seinem ding. Darumb sagt er hie nicht: der zu gericht nicht gehört, sondern: der bei pflicht nichts zu dinge gehört. Während die Landrechtsbücher des dreizehnten Jahrhunderts den Arrest wegen Schulden noch nicht erwähnen, sei es daß sie ihn noch gar nicht kennen oder als minder wichtig übergehn, nimmt er in den gleichzeitigen und spätern Stadtrechten bereits eine bedeutende Stelle ein[9]). Aus den Stadtrechten ist er zunächst in diejenigen Rechtsbücher, welche Landrecht und Stadtrecht mischen[10]), sodann auch in das Landrecht[11]) übergegangen.

Als Regel wurde festgehalten, daß ohne vorgängiges Gehör des Schuldners keine Exekution stattfinde.

Landfr. Albr. 1303. Art. 33: Wir setzen auch, das die urtail ab sol sein, damit man anlayt gewan an (ohne) fürgepot. Keyser-R. I. 33: Der keiser hat virboten, daz man nieman muwen sal mit gerichte um kein sache, man hab sie von erst gefordert an (vor) gerichte[12]). Sint. gesc. stet: man sal nieman dingstudeln, wil er von erst recht tun an gerichte. Als Ausnahme von dieser Regel aber wurde der Arrest in folgenden Fällen zugelassen:

1) Wenn kein Schuldner vorhanden war, gegen welchen die

9) Magdeburg. R. 1304. §. 16. §. 78. (Gaupp 276, 295). Sächs. Weichb. 63. Magd. Syst. Schöff. R. II. 2, 31. III. 2, 68 bis 71, 120 bis 122, 129, 130, 132, 137, 138. mit den Parallelstellen des Kulm, der Magd. Fragen u. s. w. — Hamb. R. 1270. IX. 10, 11, Billwärd. R. 36, 37. — Lüb R. II. 148, 149, III. 9, 361, 362, IV. 54, Michelsen Nr. 18, 23, 26, 54, 62. — Brem. Ord. 1303. Ord. 42. (Oelrichs 93), Stat. 1433. Art. 87. (daf. 542). — Goslar. Stat. 28, 63 ff., 66, 67, 110. — Augsb. R. 137. Ruprecht Freysing. St. R. 69, 79. München. St. R. 14, 15, 17, 35, 44, 48, 50. Bamb. St. R. XXI. §. 257 ff. Frankf. Bac. jud. 41, 62 bis 64. (Thomas 244), Schöffenger. O. 1 ff, 11 ff. (Thomas 263).

10) Bern. Ssp. III. 4. Keyserrecht I. 31 ff., IV. 1.

11) Bayr. Ldr. 277 ff. (Freyberg). Weisth. I. 74. u. a. m.

12) Die Varianten, z. B. man en virhoere in dan vor, und der Schlußsatz beweisen, daß an gerichte nicht bedeutet ohne Gericht, wodurch sich der Sinn ergäbe, der Klage müsse eine außergerichtliche Mahnung vorausgehn.

Digitized by Google

Klage hätte erhoben werden können, mithin die Möglichkeit fehlte, die Erfordernisse der Exekution, Bekenntniß oder Verurtheilung des Schuldners, herzustellen. Auf das Auskunftsmittel, eine Vertretung des Schuldners oder eine cura bonorum anzuordnen, verfiel das deutsche Recht nicht. Es blieb also, wollte man dem Gläubiger die Verfolgung seines Anspruchs nicht abschneiden, nichts Anderes übrig, als ihm zu gestatten, sich ohne Ausklagung der Person an das Vermögen des Schuldners zu halten.

Magd. Syst. Schöff. R. II. 2, 31: dy beseczunge des richters ist eyn begin der clage uf dess gut, den man selbir nicht vindin noch czu antworte brengin en kan.

Dieser Fall trat ein, wenn der Schuldner todt und ein für die Schuld haftender Erbe nicht vorhanden oder wenn der Schuldner abwesend war: besate *na dode* ofte *na wiknisse*, wie das Lübische Recht sagt[13]).

Beim Tode des Schuldners trat keineswegs immer eine Abweichung von dem gewöhnlichen Gange der Rechtsverfolgung ein. Wenn ein Erbe des Schuldners[14]) oder in Ermangelung von Erben der Richter[15]) sich des Erbes unterwand, so war kein Grund vorhanden, von dem gewöhnlichen Verfahren abzuweichen, falls ein Gläubiger des Erblassers den Erben oder den Richter belangte. Wenn aber kein Erbe vorhanden war[16]) oder wenn der Erbe sich des Nachlasses nicht unterwand[17]) oder wenn der Erbe, nachdem er sich des Nachlasses unterwunden hatte, in Folge der von dem Gläubiger wider ihn erhobenen Klage auf die Erbschaft verzichtete, was ihm auch jetzt noch freistand[18]), und wenn

13) Lüb. R. II. 149. N. 3.

14) Ssp. I. 6. §. 2. Dsp. 9. Schwsp. 5. b. u. s. w.

15) Schwsp. 30.

16) Z. B. Schöff. Urth. 209. bei Wasserschleben I. 106.

17) Es wird hier von der Ansicht ausgegangen, daß der Erbe nicht von selbst mit dem Tode des Erblassers in dessen Schulden (unter gewissen Einschränkungen) eintrat, sondern erst dann, wenn er sich als Erbe in den Besitz des Nachlasses setzte (das erbe *nimt*). Die Begründung dieser Meinung, welche nicht mit der Auffassung Siegel's, Erbrecht 177, zusammenfällt, kann hier nicht gegeben werden.

18) Goſl. Stat. 6, 31.

Digitized by Google

auch der Richter den Nachlaß nicht als erbloses Gut einzog, so war überall kein Schuldner vorhanden, welchen der Gläubiger hätte belangen können. Deßhalb wurde ihm gestattet den Nachlaß unmittelbar anzugreifen. Dies geschah in den Formen des Exekutionsverfahrens, also zunächst durch Anlegung des Arrests auf den Nachlaß. Es erhellt hieraus, daß das Forderungsrecht als fortdauernd gedacht wurde, obwohl ein Schuldner nicht existirte. Nur insofern erlitt dasselbe eine unvermeidliche Beschränkung, als die Möglichkeit, die Person des Schuldners als Exekutionsgegenstand anzugreifen, hinwegfiel, wo kein Schuldner vorhanden war, und ferner insofern, als das Vermögen, welches der Gläubiger angreifen konnte, durch das Wegfallen der Möglichkeit weiterer Vermehrungen oder Verminderungen in dem Nachlasse gleichsam erstarrte.

Auch im Falle der Abwesenheit des Schuldners war keineswegs immer eine Abweichung von dem gewöhnlichen Prozeßgange gerechtfertigt. Der Gläubiger mochte klagen und, falls der Beklagte wegen Abwesenheit nicht geladen werden konnte, den Fortgang des Verfahrens dadurch ermöglichen, daß er den Beklagten aufsuchte und ihm die Ladung zustellte, zu welchem Zwecke ihm ein Gerichtsbrief mitgegeben wurde [19]). Gelang es nicht, die Ladung des Abwesenden zu bewirken, so war eine Arrestanlage hierdurch allein noch nicht gerechtfertigt; der Gläubiger mußte vielmehr warten, bis der Abwesende zurückkehrte [20]). Nur unter besondern Umständen durfte das nachgelassene Vermögen des Abwesenden mit Beschlag belegt werden, nämlich wenn es wahrscheinlich war,

---

19) Hamb. R. 1270. I. 15: So wor een man deme andern sculdich is, unde de dar schuldich is varet ute der stad umme sine neringe, unde beclaget man ene umme sine schult: hevet he erve in der stad, de rad schal deme clagere enen breff geven unde in deme breve deme de dar schuldich is leggen enen dach, dar he under komen mach.

20) Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 74: Vert eyn man uz der stat in vremde lant synis kaufis unde let gut unde erbe in der stat: di wile der man busyn landis ist, zo mag nymant uf sin gut und erbe clagin. Kulm III. 103. Glogau. R. 139.

Digitized by Google

daß der abweſende Schuldner überhaupt nicht zurückkehren werde. Dieſe Vorausſetzung trat ein:

a) Wenn der Schuldner **entwich**, um ſeinen Gläubigern zu entgehen.

Magd. Syſt. Schöff. R. III. 2, 68: Ist eyn burger schuldic und vert uz der stat uf daz lant yn ein andir gerichte, uf das man en nicht in dem heymnisse vinde in der stat gerichte: zo mag man syn eygin und syn erbe beseczin mit gerichte und dor uf clagin vor di schult unde das ircreftigen do vor[21]).

Man betrachtete ihn wie einen bürgerlich Todten und behandelte den Arreſt auf das Gut des wikhaftigen, abetrunnigen, vorfluchtigen Schuldners wie den Arreſt auf den Nachlaß eines Verſtorbenen.

Keyſer-R. I. 31. Wo ein man ist, der gerichte schuhet un birget sich, daz man in nit finden kan oder zu gerichte bringin: wer zu dem icht zu sprechen hat, der sal ime heizzen ruffen fur dez keisers ougen zu 3 virzehen nachten, dem manne zu antworten .... kumt er dan nit fur den keiser uf die lesten 14 nacht, so hat er sin recht virlorn. Sint. gesc. stet: wen der keiser ruffet un en antwort der nit, *der hat sich gemachet tode.*

b) Wenn der Schuldner **verſchollen** war. Nicht blos die nächſten Erben des Verſchollenen konnten die Ueberweiſung ſeines zurückgelaſſenen Vermögens fordern, ſondern auch ſeine Gläubiger. Die Vorausſetzungen dieſer Maßregel ſcheinen in beiden Fällen gleichmäßig beurtheilt worden zu ſein. Kehrte der Abweſende nach erfolgter Ueberweiſung zurück, ſo konnte er binnen Jahr und Tag vom Zeitpunkt der erlangten Kenntniß an der Einweiſung in ſein Gut widerreden.

Magd. Syſt. Schöff. R. III. 2, 122[22]): Ist her abir alzo verre busin landis, daz ym dy clagen nicht wissentlich syn,

21) Kulm. III. 102. Glogau. R. 140. Frankf. Schöffenger. O. §. 16. (Thomas 274).

22) Magd. Fr. II. 2, 3.

zo mag her, wenne her czu lande kumpt und ym dy clage erst wissintlich wirt, dornoch bynnen jar und tage dy clage vorantwortin und dy inwisunge in syn gut wedir redin.

Ebenso konnten seine Erben der Einweisung widerreden, wenn sie bewiesen, daß der Abwesende vor Ablauf von Jahr und Tag nach der Einweisung außerhalb Landes verstorben sei. Wie die Erben, bevor ihnen das zurückgelassene Vermögen überwiesen wurde, Sicherheit zu leisten hatten, daß sie dasselbe herausgeben würden, wenn ein näherer Erbe oder der Abwesende selbst sich melde, diese Kaution aber in der Regel nach Jahr und Tag erlosch[22]), so wurde auch von den Gläubigern, welche das Vermögen des Abwesenden in Beschlag legten, eine ähnliche Sicherheitsleistung gefordert.

Schles. Landr. 363. (Gaupp S. 198). Ist das eyn man czeuht in eynes fremden herren dinst durch syner besserunge wille in ferre fremde lant, do man en bey 3 firczen tagen nicht vorbotin mochte, würde der geladin diweyle her nicht inwennik landis ist adir keyn gelt unde gut uf en dirvordirt wurde: *das sal der vorreder* (l. vorderer) *bestellen und vorgewissen vor dem rechte synen nehisten*, von der czeit als hers dirfordirt hat, also daz der man, uff den hers dirvordirt hat, wedir qweme bey jare und bey tage, das her sich vorantworten möge deme, der es uff en dirvordirt hat .... Stürbe her abir bynnen der czeit uzwennig landis, das syne nehisten redlich beweyzin mögen, so mögen si is vorantworten kegin dem vorderer gleicher weiz, als jener uff den es ist irvordirt.

Dieser Fall des Arrestes reiht sich an den Arrest auf den Nachlaß eines Verstorbenen, indem der Verschollene wie ein Todter behandelt wurde, wenn auch nicht ohne Weiteres wegen seiner Ab-

23) Gosl. Stat. 14, 19. Magd. Sch. Urth. bei Böhme VI. 91. Magd. Fr. I. 7, 4. 5. Kraut Vorm. II. 224. Ueber die Anwendung auf die Erbschaft eines Verstorbenen, welche mit Uebergehung des nähern abwesenden Erben dem anwesenden entfernteren Erben überwiesen wurde, vgl. Northoff im Archiv für prakt. R. W. N. F. II. 24.

Digitized by Google

wesenheit[24]), doch bei längerem Ausbleiben aller Nachricht von seinem Leben[25]).

2) Wenn zwar ein Schuldner vorhanden war, gegen welchen der Gläubiger klagen konnte, aber in der Person des Schuldners besondere Umstände obwalteten, welche die Befriedigung des Gläubigers auf dem gewöhnlichen Exekutionswege als unsicher erscheinen ließen, so wurde es gestattet, den Prozeß mit einem Arreste zu eröffnen. Der Arrest stellt sich in diesem Falle als eine antizipirte Exekution dar, während er in den bisher erwähnten Fällen als eine auf das Gut beschränkte Exekution zu bezeichnen ist. Er konnte daher, während er in den bisherigen Fällen nur als Realarrest denkbar war, in den nunmehr zu erörternden Fällen auch als Personalarrest vorkommen. Jedoch bestimmte sich die Zulässigkeit des letzteren Arrestmittels nach der Gefahr, welcher durch den Arrest vorgebeugt werden sollte.

Die Gefährdung des Gläubigers konnte daraus entspringen, daß die Anstellung der Klage gegen den Schuldner zur Zeit nicht möglich, und in der Zwischenzeit aus demselben Grunde, welcher die Klaganstellung verhinderte, das Vermögen des Schuldners einer Verringerung ausgesetzt war. In einem solchen Fall gestattete man die Anlegung eines Realarrestes, welcher den Gläubiger sicherte und zugleich auch dem Schuldner nützte. Hierhin gehört der Arrest auf das Vermögen eines unmündigen Schuldners bis zu dem Zeitpunkte der Bestellung eines Vormunds oder des Eintritts der Mündigkeit[26]) und der Arrest auf das Vermögen eines verfesteten Schuldners bis zu dem Zeitpunkte, wo das Erscheinen des Verfesteten vor Gericht durch Erwirkung

24) Wie Kraut Vorm. II. 226. annimmt.

25) Bruns in Bekker und Muther Jahrb. I. 138.

26) Magd. Syst. Schöff. R. IV. 2, 63, Kulm. IV. 105. Wellin aber dy lute, den man schuldic is, zo mogin ze der kinder gut ... bekummern und beseczczin von gerichtis weyn vor schult; zo mag des gutis nymand gebruchin, alzo lange bis daz dy kyndir cynyn vormunde habin adir wenne ze czu eyrn jorin komyn, daz ze is selbir vorantwortin mogin. Inzwischen wurden den Kindern die Alimente nöthigenfalls aus dem in Beschlag genommenen Gute verabreicht. Magd. Fr. I. 8, 7.

Digitized by Google

ſicheren Geleits oder Aufhebung der Verfeſtung ermöglicht wurde[27]).

Die Gefährdung des Gläubigers konnte aber auch daraus entſpringen, daß dem Schuldner im Laufe des gewöhnlichen Exekutionsverfahrens die Möglichkeit verblieb, ſeine Perſon und ſeine bewegliche Habe dem Angriffe des Gläubigers zu entziehen. Dieſer Gefahr zu begegnen war ſowohl Realarreſt als Perſonalarreſt ein geeignetes Mittel. Uebrigens genügte dieſe Möglichkeit, welche bei jedem Schuldner obwaltete, nicht zur Rechtfertigung der Ausnahmemaßregel eines Arreſtes, ſondern man verlangte Gründe, welche den Verdacht erregen, daß der Schuldner von jener Möglichkeit Gebrauch machen werde. In dieſer Hinſicht wurde aber zwiſchen Einheimiſchen und Fremden ein Unterſchied gemacht.

Was zunächſt den Arreſt gegen einheimiſche Schuldner betrifft, ſo iſt es gewiß nicht richtig, wenn man angenommen hat[28]), es ſei ein jeder nicht mit Erbe oder Eigen anſäſſige Mitbürger für unſicher angeſehn und daher der Arreſt gegen einen ſolchen ohne eine beſondere im konkreten Fall nachgewieſene causa arresti zugelaſſen worden. Der zum Beweiſe angeführte Satz[29]):

It ne schal neman unses borghers gud besetten, de erve hevet unde egen

berechtigt nicht zu dem Schluſſe, daß gegen jeden mit Erbe und Eigen nicht anſäſſigen Mitbürger das Verfahren ſofort und in jedem Falle mit dem Arreſt eröffnet werden konnte. Vielmehr iſt anzunehmen, daß man in der Regel einem Jeden ein redliches Verfahren zutraute und Maßregeln zur Verhinderung eines böslichen Entweichens oder Abhandenbringens von Sachen zum Nachtheile des Gläubigers nur dann ergriff, wenn beſondere Umſtände Verdacht erregten. Als Verdachtsgrund genügte aber die Ueber-

27) Verm. Sſp. IV. 21. 32 b. 33.

28) Albrecht Gew. S. 137.

29) Vgl. außer den bei Albrecht R. 296. angef. Stellen Hamb. R. 1270. IX. 11, Hach III. 362.

Digitized by Google

schuldung. Da dem insolventen Schuldner die Schuldknechtschaft drohte, so war immer zu besorgen, daß er seine Freiheit durch die Flucht retten werde. Demgemäß wurde einerseits auch der mit Grundeigenthum nicht ansässige Mitbürger für einen sicheren Schuldner angesehn, wenn seine gute Vermögenslage die Besorgniß einer Flucht nicht aufkommen ließ [30]), andererseits aber war auch der mit Grundeigenthum ansässige Mitbürger im Falle der Ueberschuldung vor Arrest nicht geschützt [31]). Nicht das objektive Moment der Insolvenz, sondern das subjektive Moment des Fluchtverdachts ist es, was die Ausnahmemaßregel des Arrestes rechtfertigt. Der Arrest gegen den Schuldner, der uppe der vluchtsalen ist [32]), reiht sich an den Arrest auf das Vermögen des flüchtigen Schuldners, und es ist wahrscheinlich, daß ersterer aus letzterem durch eine sehr natürliche Ausdehnung sich entwickelt hat. Das Gebiet des heutigen Konkursprozesses füllen der Arrest gegen den anwesenden fluchtverdächtigen Schuldner, gegen den flüchtigen Schuldner und gegen erbloses Gut; auch in den beiden letzten Fällen darf man Insolvenz als den gewöhnlichen Fall unterstellen, indem abgesehn von begangenen Verbrechen meistens die Absicht der Schuldhaft zu entgehn die Flucht veranlaßte, und der Fall, daß weder Erbe noch Richter sich des Nachlasses eines Verstorbenen unterwinden wollte, nicht leicht anders als bei überschuldeten, daher werthlosen Erbschaften vorkommen mochte.

Was endlich den Arrest gegen fremde Schuldner betrifft, welche im Gerichtsbezirke sich aufhielten oder Vermögen besaßen, so war die Erwartung, daß sie sich selbst und ihre bewegliche

30) Magd. Fr. II. 2, 4: eyn ungewisz man, her were eyn gast ader eyn bürger, der nicht stehende erbe en hette *noch so vil varender habe.*

31) Verm. Sp. III. 4, 14. Man sal in keyme gerichte ymande sin legende gud beseczen noch erbe noch sine farnde habe, *diwyle er czu sinen schulden domete genug besessen ist.*

32) Goslar. 110. Z. 14. Münch. St. R. 14. Von der fluchtsal. Ist daz ain man flüchtig wirt und seinen geltern wil enpfliechen . . . Ueber Fluchtsal in Anwendung auf Dispositionen über Sachen vgl. Homeyer Glossar. zum Sächs. Lehnr. s. v. vluchtsal.

Digitized by Google

Habe[33]) von da entfernen würden, bei ihnen allezeit und ohne Verdacht eines unredlichen Handelns begründet, daher der Arrest ohne besondern Grund gerechtfertigt, sofern die Voraussetzungen vorhanden waren, unter welchen die Rechtshülfe gegen einen fremden Schuldner nach dem Rechte des Mittelalters überhaupt gewährt wurde. Es ist die Ansicht aufgestellt worden[34]), als gemeinrechtliche Regel habe gegolten, daß der Kläger seine Klage an jedem beliebigen Orte, wo der Schuldner sich aufhält, anzustellen nur dann das Recht habe, wenn zuerst das regelmäßige Gericht des Schuldners von ihm angegangen und hier ihm das Recht geweigert worden sei; einzelne Rechtsquellen aber seien von dem gemeinen Rechte abweichend, indem sie es ganz allgemein für zulässig erklären, den Schuldner da zu belangen, wo man ihn antreffe. Hierbei scheint die Unterscheidung, ob ein Einheimischer oder ein Gast dem Gaste als Gläubiger gegenüber stand, nicht beachtet zu sein, durch welche der scheinbare Widerspruch zwischen verschiedenen Rechtsquellen zu beseitigen ist.

Pflicht und Befugniß des Richters, in seinem Gerichtsbezirk Recht zu stärken und Unrecht zu kränken, wurde in dem ausgedehnten Sinne aufgefaßt, daß der Richter, soweit seine Gewalt reichte, nicht blos seinen Gerichtsunterthanen gegen Jedermann und Jedermann gegen seine Gerichtsunterthanen, sondern sogar Unterthanen anderer Gerichte untereinander zu ihrem Rechte zu verhelfen habe, nicht blos dann, wenn durch Vertrag, Vergehn, Lage des Streitgegenstandes oder Widerklage der Gerichtsstand eine besondere Begründung erhielt, sondern auch allgemein unter der Voraussetzung, daß der Kläger am ordentlichen Gerichte des Beklagten vergebens Recht gesucht hatte. Daher wird es zwar als Regel hingestellt, daß Gast den Gast nicht belangen oder mit Arrest bestricken könne,

Gosl. Stat. 66. Z. 1. En gast ne mach den andern gast nicht besetten. Orlovede aber dat de rat, so mochte dat wol sin[35]).

33) Immobilien konnten Gäste in der Regel nicht besitzen.

34) Stobbe in Bekker und Muther Jahrb. I. 443.

35) Verm. Ssp. III. 4, 3. weicht ab. Ueber den Grund vgl. Göschen 521.

Digitized by Google

Oefn. von Neſtenbach §. 36. (Weisth. I. 78). Es sol und mag ouch kein gast den andern nit verbietten.

unter der eben erwähnten Vorausſetzung aber eine Ausnahme geſtattet,

Rupr. II. 69. Kain gast mag den anndern gast in der stat verpietenn noch anvallenn, im sey dann das recht dahaim verzign.

Frankf. St. R. 1297. §. 25. (Thomas 220). ... si non judicaretur ei, ex tunc ubicunque locorum videtur illum vel alium de suis concivibus unum, posset eum convenire per judicem et occupare, pro eo quod justicia ipsi est denegata

ſogar dann, wenn Gläubiger und Schuldner demſelben auswärtigen Gerichte angehören [36]).

Dagegen läßt es ſich keineswegs als gemeines Recht behaupten, daß auch dann, wenn ein einheimiſcher Gläubiger die Hülfe ſeines Richters gegen einen Gaſt in Anſpruch nahm, dieſe Rechtshülfe nur dann gewährt wurde, wenn zuvor ein vergeblicher Verſuch gemacht worden war, bei dem ordentlichen Gerichte des Schuldners Recht zu erlangen. Im Gegentheil laſſen zahlreiche Quellen den Arreſt, um ſo mehr alſo die gewöhnliche Klage eines einheimiſchen Gläubigers gegen einen fremden Schuldner zu, ohne dieſes Erforderniß zu erwähnen. Man wird nicht irre gehn, wenn man den Sitz der hierin ſich bekundenden Auffaſſung der richterlichen Pflicht und Befugniß in den Städten ſucht. Der Schutz des Bürgers hinter Wall und Mauer, ſeine Abſchließung gegen auswärtige Gerichte wäre unvollkommen geweſen, wenn nicht der Freiheit, als Beklagter nur bei dem Stadtgerichte Recht zu geben, ergänzend die Freiheit zur Seite geſtanden hätte, als Kläger bei dieſem Gerichte Recht zu nehmen, ſofern ihm daſſelbe thatſächlich zum Rechte verhelfen konnte. Beide Rechtsſätze, durch daſſelbe praktiſche Bedürfniß hervorgerufen, laufen parallel. Gleich dem privilegium de non evocando [37]) wurde auch das Recht der

36) Sſp. III. 87. §. 2: of sie beide in eneme dorpe oder in ener goscap sitten.

37) Vgl. namentlich Stobbe a. a. O. 459.

Digitized by Google

Arretirung der Gäste reichsgesetzlich für alle Städte im Reiche oder wenigstens alle Reichsstädte anerkannt.

Stat. in fav. princ. 1231. In civitatibus nostris actor forum rei sequatur, nisi reus vel debitor principalis ibidem fuerit inventus, *quo casu respondeat ibidem*[38]).

Daß einzelne Städte sich dieses Recht durch Arrestprivilegien bestätigen ließen[39]), beweist nicht gegen die allgemeine Geltung desselben; es handelte sich dabei, wie bei den Privilegien de non evocando oder de statutis condendis, blos um eine Anerkennung und Verbriefung des ohnehin geltenden Rechts. War aber das Recht, die Gäste wegen Schulden aufzuhalten, in den Städten zur Geltung gelangt, so ergab sich die Ausbreitung desselben auf das Land von selbst, indem man ohne Zweifel nicht unterließ, den Städten gegenüber auf dem Lande die Gegenseitigkeit zu beobachten. Es darf daher als ein gemeinrechtlicher Satz hingestellt werden, daß der einheimische Gläubiger Person und Habe des im Gerichtsbezirk weder wohnhaften noch mit Grundstücken angesessenen Schuldners ohne weitern Arrestgrund und ohne vorgängige Beschreitung des Rechtswegs bei dem ordentlichen Gerichte des Schuldners mit Hülfe des Gerichts zum Zweck seiner Befriedigung angreifen durfte. Zur Bestärkung der Regel dienen die Ausnahmen, welche in einzelnen Rechtsquellen für gewisse Klassen von Gästen gemacht werden, z. B. Kleriker[40]), zum Einlager Einreitende[41]), Meßfremde[42]), in der nächsten Nachbarschaft

38) Legg. II. 283. Wiederholt 1232 in Curia Sibid. ib. 292.

39) Vgl. außer den bei Albrecht S. 138. und Stobbe a. a. O. gesammelten Stellen Altenburg. Priv. 1256. §. 30. (Gengler St. R. 8). Landshut. Priv. 1279. §. 8. (Gaupp St. R. I. 153), Königsfeld. Priv. 1360. §. 4. (Gengler St. R. 225), Rupr. II. 79. München. St. R. 15, 35. als ez von alter gewonhait her ist chomen.

40) Goſl. Stat. 65. Z. 39. Verm. Ssp. III. 4, 2.

41) Frankf. Stat. 83. (Senkenberg Sel. I. 72). Wer sich by uns hat vergyselet und gemeint wirt und in gyselwyse inkomet one argelist, denselben gysel und die habe die her mit ime zu gysele wyse in hat bracht, mag man by uns nicht bekymmern, wedir synen lyb noch syn gud.

42) Z. B. Lechnich. Priv. 1270. §. 25. (Gengler St. R. 244). Tübing. Stat. 1388. §. 6. (daſ. 493).

Wohnende[43]), ebenso Ausnahmen, welche man für die Angehörigen bestimmter Gerichte im Wege des Vertrags festsetzte[44]).

Wie gegen fremde Schuldner fand der Arrest auch gegen einheimische statt, wenn sie sich auswärts niederließen[45]) oder wenn sie zur Auswanderung Anstalten trafen[46]). Fiel eine Erbschaft beim Tode eines Einheimischen[47]) oder eines Fremden[48]) an einen Fremden, so konnten die einheimischen Gläubiger des Erblassers Arrest auf die in ihrem Gerichtsbezirke befindlichen Erbschaftsgegenstände erwirken, ohne zuvor den Versuch machen zu müssen, ihre Forderungen bei dem ordentlichen Gerichte des auswärtigen Erben geltend zu machen.

Aus den Voraussetzungen, unter welchen die Einleitung des Arrestverfahrens gestattet war, ergiebt sich, daß es sich beim Arreste um die Eröffnung des Prozesses mit der Exekution handelte. Dies Ergebniß wird vollkommen bestätigt, wenn man das Arrestverfahren in Ansehung der dabei thätigen Personen, der Gegenstände und der einzelnen Handlungen mit dem gewöhnlichen Exekutionsverfahren vergleicht. Ueberall zeigt sich Uebereinstimmung beider, soweit nicht Veranlassung und Zweck des Arrestes eine Abweichung erfordert.

43) Keyser-R. I. 34. sizit er also nahe, daz man in gerichen mag in eim tag. München. St. R. 185.

44) Z. B. Urk. 1276. (Lisch Meckl. Urk. I. 156), worin die Herrn von Werle dem Lande Gnoyen zusichern: quod nullus civitatensis noster detinebit aliquem ipsorum subditorum debitorum causa, quin primo conveniat ipsum coram domino suo, sub quo residens est vel suo villico; si tunc prefato civitatensi nostro ... justicia deperierit et hoc poterit demonstrare, tunc potest eum in civitate nostra, ubicumque ipsum invenerit, adjutorio nostri advocati licite detinere.

45) Gosl. Stat. 67. Z. 14, 19.

46) Oefn. zu Neftenbach §. 19. (Weisth. I. 76). Es mag ouch ein jegklicher von uns ziechen ... unbekümbert. Soll er aber dem herren bussen oder andren lutten gelten, die möchtind inn hefften und verbietten, untz das er inen gnüg tätte. Vestenrecht zu Schwelm (Weisth. III. 30). Landfeste von Hattnegge (daf. 45) §. 20.

47) Gosl. Stat. 8. Z. 5. Verm. Sfp. I. 17, 10.

48) Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 120. 121.

Digitized by Google

Wie die Pfändung und Fronung im regelmäßigen Verfahren, so wurde auch der Arreſt vom Richter verfügt und vom Fronboten vollzogen. Wenigſtens iſt dies als die Regel anzuſehn [49]). Indeſſen würde in vielen Fällen der Zweck des Arreſtes verfehlt worden ſein, hätte man dieſe Regel und namentlich den im gewöhnlichen Verfahren geltenden Grundſatz, daß die Exekution durch Urtheile beſtimmt werde, ohne Ausnahme zur Anwendung bringen wollen. Daher galt es, wo Gefahr im Verzuge war, für zuläſſig, daß der Richter ohne vorgängigen Spruch der Urtheilsfinder [50]), der Fronbote ohne Verfügung des Richters [51]), ja ſogar der Kläger ohne Mitwirkung oder Geſtattung des Richters oder Fronboten [52]) den Schuldner oder ſeine bewegliche Habe feſtnehmen dürfe. In dem letztern Fall aber war es Pflicht des Klägers, ſo bald als möglich eine Gerichtsperſon zuzuziehn oder den in Beſchlag genommenen Gegenſtand an das Gericht abzuliefern, widrigenfalls der Arreſt machtlos wurde [53]).

---

49) Goſl. Stat. 110. Z. 13. De schultete mach eynen jowelken gast edder eynen borgher de de uppe der vluchtsalen were besetten .... unde nicht de bodel. Verm. Sſp. III. 4, 1. Man sal von rechte nymandes beseccze ane gerichtes loube. Es en sal ouch der botel nicht thun ane gerichtes geheysze. Magd. Fr. II. 2, 1.

50) Magd. Syſt. Schöff. R. II. 2, 31. Beseczt eyn richter gut busin dingetagin, dy beseczunge hat gliche macht, als her ys tete in gerichte adyr in dingetagin. Kulm. II. 47.

51) Goſl. Stat. 65. Z. 25, 110. Z. 16. Mochte me aver des schulteten nicht hebben, so mach de besate de bodel don. Verm. Sſp. III. 4, 1. Hier und da der älteſte Schöffe. Frankf. Schöff. G. O. 1. (Thomas 263).

52) Verm. Sſp. III. 4, 1. mit sinen nackeburn. Lüb. R. (Hach II) 148, (Hach III) 9. de neme twe bederve besetene manne dar to. Glogau. R. 486. (Waſſerſchleben I. 59). Braunſchw. St. R. §. 15. (Gengler 37). Augsb. St. R. 113. München. St. R. 14. Bayr. L. R. 282. (Freyberg IV. 481). Oeſn. von Reſtenbach §. 37. (Weisth. I. 78). Weisth. von Niedermendig (daſ. II. 493) ist er (der frone) nit anheims, so soll er des fronen fraw nemen; ist dieselbige auch nit anheimisch ... so soll er den nehsten höffer, den er bekommen magh, nemen, der soll ihm den kommer thun bisz ahn den fronen. Die Magd. Fr. II. 2, 20. geſtatten dieſe Selbſthülfe nicht.

53) Michelſen Oberhof. Nr. 62.

Gegenstand des Arrestes konnte sein, was der Exekution unterworfen war: die Person und das Vermögen des Schuldners, Sachen und Rechte, Mobilien und Immobilien. Die Möglichkeit eines Arrests auf Immobilien zu bestreiten[54]), ist kein Grund vorhanden. Ohne Zweifel war diese Anwendung des Realarrestes von geringerer praktischer Bedeutung, da Fremde vom Erwerb von Immobilien in der Regel ausgeschlossen und Einheimische durch genügenden Grundbesitz vor Arrest geschützt waren. Hieraus erklärt es sich, daß selten in den Quellen von Arrest auf Immobilien die Rede ist. Doch sind Fälle desselben denkbar, z. B. wenn zu der erblosen Erbschaft[55]) oder zu dem zurückgelassenen Vermögen eines flüchtigen Schuldners[56]) Grundstücke gehörten, oder wenn der einheimische Schuldner Anstalten traf, sein Grundeigenthum zu veräußern, um seinen Gläubigern zu entgehn[57]). Sogar solche Grundstücke, auf welche der Schuldner nur kraft eines Wartrechts Anspruch hatte, konnten vor dem Anfall an den Schuldner mit Arrest belegt werden[58]). Es entspricht den im gewöhnlichen Exekutionsverfahren geltenden Regeln, daß Sachen des Schuldners mit Arrest belegt werden konnten, wo immer sie sich befanden, in seinem eigenen oder eines Dritten[59]) oder Niemands[60]) Besitz. Der Behauptung, daß Sachen des

54) Hänel in Zeitschr. für R. G. I. 282. „ein besetten fand immer nur an Mobilien statt". Es ist nicht ersichtlich, ob hiermit nur die Möglichkeit eines Besetzens in dem von Göschen Goslar. Stat. 420. aufgestellten engern Begriffe oder eines Arrestes überhaupt geleugnet sein soll.

55) Goslar. Stat. 6. Z. 33.

56) Glogau. R. 140. Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 68. 130.

57) Goslar. Stat. 67. Z. 17.

58) Frankf. Bac. jud. §. 41. (Thomas 238). Obe dir ymand schuldig were, der anfalles von eynchen gutern warten were ... so machtu siner anfalle in kommer legen; ... erlebte der den falle nit, so en hettestu auch daran nichts; erlebet er aber den falle, so setzestu dinen fusz in daz erbe an sin stat. Angewendet auf die den Kindern verfangenen Immobilien, Frankf. Schöffen G. O. 17. (Thomas 275), womit Bac. jud. §. 64. zu vgl.

59) Verm. Ssp. III. 4, 5.

60) Goslar. Stat. 66. Z. 23. bringhet en gast sin gut in en wöst hus, dar nen wirt inne ne is, do dar van antwarden wille.

Digitized by Google

schuldigen Gastes nicht unter einem andern Gaste hätten besetzt werden dürfen [61]), ist nicht beizustimmen. Die Stelle der Goslarschen Statuten [62]), aus welcher dies gefolgert wird:

Ist en gast emme unsem borgher sculdigh, kumt sin meygher in unser stat gherichte, de sines herren gudes wat bi sich oder in sinen weren hedde, dat mochte man under eme besetten

enthält nur eine Anwendung der allgemeinen Regel, welche vielleicht deßwegen besonders hervorgehoben ist, weil nach andern Rechten die zur Stadt gebrachten Lebensmittel an Getreide, Wein u. dgl. vom Arrest frei waren [63]). Im Rechtsbuch nach Distinktionen [64]) ist diese Stelle ebenso aufgefaßt, indem sie mit der Abänderung aufgenommen ist, daß es statt kumt sin meygher etc. heißt:

kummet *eyn ander, wer her sy*, unde hat des (des Gastes) gutes icht by ome in sinen geweren, daz mag man wol beseczen.

Auch die Forderungsrechte des Schuldners gegen einen Dritten werden häufig als Gegenstand des Arrestes erwähnt [65]). Hatte der Schuldner Sachen seines Schuldners im Besitze, an welchen ihm ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht zustand, so konnte der Gläubiger des Erstern sie mit Arrest belegen [66]), jedoch nur bis zum Belaufe der Forderung, welche seinem Schuldner zustand [67]). Abgesehn von diesem Falle aber und von denjenigen

61) Göschen Gosl. Stat. S. 421.

62) 66. Z. 13.

63) Z. B. München. St. R. 379.

64) Verm. Sp. III. 4, 5.

65) Z. B. die bei einem Zwangsverkaufe sich ergebende Hyperocha, Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 78, Kulm. III. 108; das Kaufgeld für verkaufte Immobilien, Schöff. Urth. bei Wasserschleben I. 102. Nr. 182, Magd. Fr. II. 2, 5, oder für verkaufte Waaren, Schöff. Urth. bei Wasserschleben I. 226. N. 72. Bamb. R. §. 267: Verbeut man einem auswendigen man icht gelt, das man im hynnen schuldig ist.

66) Lüb. R. (Hach IV) 54. Wor ock besate schut, dem dat gudt sus thohort, de mach dat gudt frien vor gerichte, so verne dat van siner sake nicht besettet, unde he dat beholden wolde up den hilligen *dat he ... em dar nicht aff schuldigh is.*

67) So scheint Gosl. Stat. 68. Z. 8. verstanden werden zu müssen.

Digitized by Google

Fällen, in welchen dem Schuldner ein Dispositionsrecht über fremde Sachen zusteht, konnten im Besitz des Schuldners befindliche Sachen eines Dritten wegen der Schuld des Ersteru nicht mit Arrest belegt werden; geschah es dennoch, so konnte der Eigenthümer seine Sache aus dem Arrest ziehen, ohne die Schuld bezahlen zu müssen.

Magd. Syst. Schöff. R. V. 4[68]). Gebit eyn man und tut syn gewant eyme snider zu machyn, adir vormitet eyme andirn syn pfert ... unde wirt der snyder adir der mytman abetrunnyg und blibit den lutin schuldic und lozin daz gewant adir vihe in erym gemache, dorinne ze gewonit habin: zo mogin dy leute, der daz gewant adir vihe ist, dorczu sich wol czihin und vorantwortin mit rechte, und di leute, den der abetrunnige man ist schuldic blebin, daz gewant adir pfert ... mogin ze nicht vor ere schult beseczin noch irclagin.

Verm. Sſp. III. 4, 8. Welch man besicczt eynes gastes gud vor sine schult, das doch des nicht gewest wer, der ome schuldigh was, ... daz sal deme nicht schaden, des daz gud gewest ist. Wen he kempt unde sich zcu sines gudes zcuth ... so sal man ome sin gud antworten ane allen schaden[69]). Lüb. R. (Hach IV) 54.

Um so weniger konnte der Gläubiger Sachen eines Dritten, die sich nicht im Besitze des Schuldners befanden, oder die Person des Dritten mit Arrest bestricken[70]). Die Exekutionsobjekte waren dem Arreste in demselben Maße[71]) und, wie man auch ohne bestimmte Quellenzeugnisse behaupten darf, in derselben Reihenfolge ausgesetzt, wie der Exekution. Ein Bedenken gegen die letztere Annahme erregt das Lübische Recht, welches dem Gläubiger die Wahl zugesteht, sich entweder an die Person oder an

68) Kulm. V. 4.

69) Hierhin gehört auch Goslar. Stat. 66. Z. 27, vgl. §. 2. Note 171.

70) Ueber den Arrest gegen Dritte als Repressalmittel vgl. §. 2. Not. 96.

71) Bayr. Landr. 291. (Freyberg IV. 483) alz vil, daz er pfant genuog hab fuer sein gelt.

Digitized by Google

das Gut des insolventen Schuldners zu halten[72]), während nach der gewöhnlichen Ordnung des Exekutionsverfahrens die Person erst nach dem Gute, also im Falle der Insolvenz die Person und das Gut[73]) angegriffen werden konnte. Es kann hier dahin gestellt bleiben, ob und aus welchem Grunde das Lübische Recht auf diesem Punkte vom gemeinen Recht abweicht; es genügt hervorzuheben, daß jedenfalls nicht eine Abweichung des Arrestverfahrens vom gewöhnlichen Exekutionsverfahren daraus sich ergiebt, indem das Lübische Recht a. a. O. gerade von einer gewöhnlichen Exekution handelt, bei welcher der Beklagte wegen Insolvenz unter Verzichtleistung auf die gewöhnliche Befristung sein Vermögen an die Gläubiger rein abtritt.

Welck minsche sik borgen unde dachdings begift vor schulde, *de eme mit rechte afgemanet werden*, so mach de ancleger des en berat nemen, wer he sik an sin gud holden wille edder wer he ene to egene hebben wille.

Vergleicht man endlich das Verfahren beim Arreste und bei der gewöhnlichen Exekution, so ergiebt sich, daß in beiden Fällen dieselben Mittel zur Sicherstellung und zur Befriedigung des Gläubigers zur Anwendung kamen. Es ist schon früher bemerkt worden[74]), daß in dem Arrestverfahren zwei Abschnitte zu unterscheiden seien; während des ersten sei es blos darauf angekommen, den Beklagten in der Ausübung seiner Rechte an der Sache zu beschränken, während des zweiten seien die Wirkungen der Auspfändung eingetreten. Es sind dies dieselben beiden Abschnitte, in welche auch das gewöhnliche Exekutionsverfahren zerfiel[75]).

Der erste, lediglich die Sicherstellung des Gläubigers bezweckende Abschnitt begann mit der Anlegung des Arrestes und

72) Wenigstens in einigen Codd. Brokes II. 258, III. 148, Hach II. 200. N. 1. Uebergegangen in Rev. Lüb. R. I. 3, 1.

73) Z. B. München. St. R. 14. Ist daz ain man flüchtig wirt ... ergreift in der, dem er gelten sol: der mag *seinen leib und sein guot* angreifen ....

74) Albrecht Gew. S. 139.

75) Vgl. oben S. 70.

Digitized by Google

endigte mit der Ausantwortung des Arrestgegenstandes an den Gläubiger, welche auch beim Arrestverfahren in den sächsischen Quellen die Gewaltigung genannt wird [76]).

Wenn der Gläubiger von dem Richter die Anlegung eines Arrestes verlangte und ein Grund zur Arrestanlage entweder gerichtskundig oder von dem Gläubiger nachgewiesen war, wozu übrigens Liquidität oder Bescheinigung der Forderung nirgends erfordert wird, so konnte dem Antrag durch verschiedene Verfügungen entsprochen werden, da der Zweck der Sicherung des Gläubigers sich auf manchfache Weise erreichen ließ. Sollten Immobilien in Beschlag genommen werden, so genügte in der Regel ein Veräußerungsverbot [77]), dessen Uebertretung Ungültigkeit der Veräußerung zur Folge hatte [78]); doch findet sich der Arrest auf Immobilien auch in der Weise verstärkt, daß dem Schuldner das Betreten und der Gebrauch des Grundstücks untersagt wird [79]). Ebenso genügte ein Verbot der Zahlung an den Schuldner, wenn ein Forderungsrecht desselben in Beschlag genommen werden sollte. Handelte es sich um bewegliche Sachen, so konnte zwar unter Umständen ebenfalls ein bloßes Verbot genügen, insbesondere, wenn die Sachen sich im Besitze eines Dritten befanden, ein Befehl an diesen, die Sache dem Schuldner nicht herauszugeben und sich des Gebrauchs derselben zu enthalten [80]); unter andern Umständen aber, namentlich wenn Niemand

76) Magd. R. 1304. §. 73. (Gaupp 295). Sächs. Weichb. 63. Magd. Fr. II. 2, 2. Brem. Ord. 1303. nr. 37. (Oelrichs 91). Michelsen Oberhof Nr. 23. Andere Bezeichnungen: Bamb. R. §. 270. so soll man dem clager die hab *offenn*, Frankf. Schöffenger. O. 4. (Thomas 267) sal im der richter an solicher habe lassen *richten*.

77) Goslar. Stat. 67. Z. 14.

78) Frankf. Bac. jud. §. 41.

79) Frankenberg. R. (Schmincke Mon. Hass. 715) tud der richter eyn verbott uff erpgut nicht zu gehin oder stehen, oder ander farinde guts sich nicht zu gebruchen, sunder der herren lowbe unde desz willen, der das verbott leszet thun ..... Magd. Syst. Schöff. R. IV. 2, 63. Kulm. IV. 105.

80) Verm. Sip. III. 4, 11. Schöff. Urth. bei Wasserschleben I. 98. Nr. 166. „derdas phert inne hat". Bamb. R. §. 261.

Digitized by Google

oder wenn der Schuldner selbst im Besitze der mit Beschlag zu belegenden Sache war oder wenn der dritte Besitzer sich der Aufbewahrung nicht unterziehen wollte, wurde es nöthig, die Sache in gerichtliches Gewahrsam zu bringen[81]), worauf es der Verfügung des Gerichts überlassen blieb, wo und wie sie aufbewahrt und ob etwa dem Gläubiger selbst die Sache zur Verwahrung anvertraut werden sollte[82]). Aus der Vielgestaltigkeit des Arrestes erklärt sich die Menge der Ausdrücke, welche zur Bezeichnung desselben dienen. Während einige, z. B. kommern, heften[83]), dingstudeln[84]), nur im Allgemeinen den Zweck des Arrestes bezeichnen, enthalten andere eine Hinweisung auf das Arrestmittel, indem sie entweder, wie z. B. fronen, verbieten, versperren, hindern, auf ein bloßes Verbot, oder wie z. B. pfenden, angreifen, aufhalten auf ein Festnehmen der Person oder Wegnehmen der Sache hindeuten, oder in noch mehr bestimmter Weise diesen Akt bezeichnen, z. B. besetten[85]). Die entsprechenden Ausdrücke findet man bei der Aufhebung des

81) Augsb. R. 137. Ob der wirt spräche, ich wil iwer gaumer noch iwer behalter niht sin, underwindet iuch des gutes unde behaltet ez selbe: daz sol er tun ... Goslar. Stat. 66, Z. 6. Bamb. R. §. 264. Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 137.

82) Albrecht Gewere S. 139. „Die Frage, an welchem Orte die Sache vor der nachtheiligen Einwirkung des Eigenthümers sicher sei, war die Hauptsache, die dagegen, wer sie besitzen sollte, ganz gleichgültig".

83) Oefn. von Rickenbach (Weisth. I. 210) wer guot mit des gerichts gebott in hafft legt. Oefn. von Nestenbach (das. 76) §. 19. hefften und verbietten.

84) Keyser-R. I. 33. Ueber den Sinn des Worts vgl. Endemann N. 6. a. a. O. In Goslar. Stat. 75. Z. 9. findet sich bedingstadeln in der Bedeutung: vor Gericht stellen, ebenso Stat. des Forstdings zu Goslar. (Weisth. III. 268).

85) Göschen Goslar. Stat. 420. Der Ausdruck besetzen kommt wohl vorzugsweise, aber keineswegs ausschließlich da zur Anwendung, wo das Abhandenkommen einer beweglichen Sache durch Aufstellung von Wächtern zur Bewachung derselben verhindert werden soll. Er wird auch auf die Personalhaft angewendet, Verm. Sp. III. 4, 1; auf die Beschlagnahme von Forderungen, Michelsen Oberhof Nr. 23; auf gepfändete Mobilien, Michelsen a. a. O. Nr. 243, wo das mit Arrest belegte Wachs bald gepandet, bald besatet genannt wird.

Digitized by Google

Arrestes angewendet: die besate entsetten, den Arrestgegenstand kommerlos deelen, frigen, offenen, uss verbott tun u. a. m. Die Unterschiede übrigens, welche durch diese Ausdrücke bezeichnet werden, sind nur thatsächlicher Art und auf die rechtliche Beurtheilung des Arrestes nicht von Einfluß; es ist daher ein für die vorliegende Untersuchung unfruchtbares Bemühen, das Verhältniß der verschiedenen mit diesen Ausdrücken bezeichneten Arten des Arrestes zu einander genauer festzustellen[86]).

Während die Mittel zur Sicherstellung des Gläubigers bei Anlegung des Arrestes im gewöhnlichen Exekutionsverfahren und im Arrestverfahren die nämlichen sind, weicht das letztere vom ersteren ab hinsichtlich der Dauer des mit dem Arrest eingeleiteten ersten Abschnittes des Exekutionsverfahrens. Die Dauer desselben bestimmt sich nicht nach den im regelmäßigen Prozeß üblichen Fristen, sondern nach dem Verlaufe des mit dem Arrest beginnenden Prozesses, und der Verlauf des letzteren wiederum nach dem Grunde des Arrestes, je nachdem nämlich das Verfahren in Ermangelung eines Beklagten gegen das Gut des Schuldners oder gegen den Schuldner als Beklagten gerichtet war.

In allen Fällen hatte der Gläubiger die Verpflichtung, am nächsten Gerichtstage nach Anlegung des Arrestes vor Gericht zu erscheinen und seine Forderung hier zu verfolgen.

Wer gut bekumert hat, daz farnde gut heizzet, der sal fur den keiser kumen an dem nehsten gerichte, un sal fregen, wie er furbaz sulle gebarn mit dem bekumerten gute[87]).

Daher heißt es beim Arreste, wie bei Erhebung des Gerüchtes[88]): dy besatzunge des richters *ist eyn begin der clage.*

Die mit Arrest begonnene Klage[89]) fortsetzen heißt die besettinge

86) Vgl. über den Unterschied zwischen Pfänden, Besetzen und Aufhalten Gösch. Gösl. Stat. 408, 420, 426, welchem Oseubrüggen Hausfrieden 33. beistimmt; über den Unterschied zwischen Pfändung und Verbot Heußler in Zeitschr. für schweiz. Recht VII. 127.

87) Keyf.-R. I. 31.

88) Sfp. I. 62. §. 1, Richtst. Ldr. 33. §. 1, Lüb. R. (Hach I) 100. Homeyer Richtst. 444.

89) Auch sie bildet einen Gegensatz zur schlechten Klage; andere Gegensätze

Digitized by Google

vervolgen, der besate vervolge doen, dem beseczten gude fulgen mit rechte, irvordern, irclagen. Der Grund der Verpflichtung zur Verfolgung des Arrestes scheint darin zu liegen, daß der ohne Urtheilsspruch vom Richter, Fronboten oder Gläubiger angelegte Arrest wenigstens nachträglich so bald als möglich zur Kenntniß und Entscheidung des gehörig besetzten Gerichtes gebracht werden sollte. Genügte der Gläubiger dieser Verpflichtung nicht, so wurde auf Antrag des Gegners nicht allein der Arrest wieder aufgehoben[90]), sondern auch wenigstens nach einzelnen Rechten eine Strafe wider ihn erkannt[91]). Wollte der Schuldner nicht bis zum nächsten Gerichtstage warten, so stand es ihm frei, einen frühern Termin auszuwirken; er konnte verlangen, daß dem Gläubiger aufgegeben werde, sofort binnen daghe und nacht den Arrest bei Meidung der Wiederaufhebung desselben zu verfolgen[92]). Dagegen lag ein Grund zur Aufhebung des Arrestes nicht schon dann vor, wenn jener eine Zeit lang vergebens auf die Erhebung der Klage gewartet hatte, ohne daß dem Gläubiger hierzu ein Gerichtstag gesetzt worden war[93]). Die Verfolgung des Arrestes bestand darin, daß der Gläubiger seine Forderung und die geschehene Arrestanlage dem Gerichte vortrug, was lawtbaren (lautpern, lautmern[94]), offenen[95]), intügen[96]) genannt wird. Die Frage, welche sich hieran reihte,

---

stellt *Behrend* Obs. de act. simpl. (schlichte klage) juris Germ. Berol. 1861. p. 5. zusammen.

90) Lüb. R. (Hach II) 148, (Hach III) 9. Lüb. Bursprake bei Dreyer Einl. 592. Frankf. Schöffenger. O. 2, 11. Oefn. von Rickenbach (Weisth. I. 210).

91) Hamb. R. 1270. IX. 10, Hach III. 361, Billw. R. 36.

92) Goslar. Stat. 66. Z. 35. Verm. Sſp. III. 4, 9. München. St. R. 15, 60. Bayr. Landr. 297.

93) In einem Fall dieser Art mißbilligen die Magdeb. Schöffen die Aufhebung des Arrests bei Wasserschleben I. 188. Nr. 50.

94) Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 129, 138. Bamb. R. §. 268, 269, 273.

95) Frankf. Bac. jud. §. 41, Schöffenger. O. 2, 11.

96) d. h. unter Berufung auf das Zeugniß des Richters oder Fronboten oder der bei außergerichtlichem Arrest zugezogenen Zeugen zur Gerichtskunde bringen. Michelsen Oberhof Nr. 23, 62.

Digitized by Google

war nach der angeführten Stelle des Keyserrechts: was nun mit dem Arrestobjekte geschehen solle.

Das weitere Verfahren konnte, wenn es nur gegen das Gut gerichtet war, namentlich nach todter Hand oder nach dem Entweichen des Schuldners, nicht in einer zweiseitigen Verhandlung zwischen Gläubiger und Schuldner bestehn, da, wie schon gesagt, ein Vertreter für Letztern nicht bestellt wurde. Es wurde daher einseitig auf Antrag des Gläubigers verfahren, das mit Arrest belegte Gut in drei Terminen aufgeboten und, wenn keine Einsprache erfolgt war, im vierten Termin dem Gläubiger geweldigt.

Magd. Fr. II. 2, 2. Wirt eyme manne syn gut mit gerichte vorsprochen unde entrynnet der: den bedarff man nicht vorladen, mer der kleger sal das gut czu 3 gehegten dingen uffbiten; kumpt denne jener nicht, so sal der richter deme kleger das gut vor syne schult geweldigen[97]).

Billwärder R. 36. Ist dar (tom ersten richte) nemant, de dat entsetted, so schal he dat aver besetten ... unde schal dat vorvolgen to deme andern richte ...; ist dar over nemant, de dat entsetted, so schal he dat dorde werve besetten unde schal dat an deme dorden richte vorvolgen unde schal sine bewisinghe bringen an dat richte van der sake, dar he dat gued umme besatet heft. Is de bewisinghe noechaftigh, so schal en de voged dar inwisen, dat he besatet heft[98]).

Diese Termine entsprechen nicht denjenigen, welche der Verurtheilung in den Ungehorsam des Schuldners vorhergingen; denn sie setzen die Ladung des Letztern nicht voraus, und wenigstens einzelne Quellen fordern, daß der Gläubiger seine Forderung beweise, bevor die Geweldigung des Arrestobjekts stattfinde[99]).

97) Vgl. Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 31. 121. 130. 138. Schöff. Urth. bei Wasserschleben I. 106. Nr. 209. Dasselbe Verfahren kam auch bei Forderungen zur Anwendung, Magd. Fr. II. 2, 5. Schöff. Urth. bei Wasserschleben I. 102. Nr. 182.

98) Uebereinstimmend Lüb. Bursprake bei Dreyer Einl. 592. Nr. 42.

99) Das Billwärd. R. a. a. O. verlangt noechaftiche bewisinghe, die Frankf. Schöffenger. O. 4. den Eid des Gläubigers.

Digitized by Google

Die drei Termine sind vielmehr nichts Anderes, als die im gewöhnlichen Exekutionsverfahren stattfindenden drei Aufgebote. Dies könnte deßwegen bezweifelt werden, weil das dreimalige Aufgebot im Arrestverfahren auch von denjenigen Rechten für nöthig erklärt wird, welche dasselbe im regelmäßigen Exekutionsverfahren nicht erfordern [100]). Zieht man jedoch in Betracht, daß das Anbieten bei dem Schuldner zu haus und hof zum Zweck der Einlösung, welches nach jenen Rechten die Stelle des Aufbietens vertritt [101]), in dem hier erörterten Falle des Arrestes nicht bewerkstelligt werden kann, so ist es nicht auffallend, wenn in diesem Falle das Aufgebot verlangt wird. Die Bedeutung des Aufgebots und der beim Nichterscheinen eintretende Rechtsnachtheil sind demnach ebenso zu bestimmen, wie es im vorhergehenden Paragraphen geschehen ist [102]).

War dagegen das Arrestverfahren gegen den Schuldner gerichtet, sei es daß seine Person oder seine Habe angegriffen wurde, so trat eine zweiseitige Verhandlung zwischen Gläubiger und Schuldner ein. Zuvörderst mußte die Anlegung des Arrestes dem Schuldner verkündigt werden, wenn er nicht schon durch den Akt der Arrestanlage selbst davon Kenntniß erlangt hatte.

Keyser-R. I. 32. Von farendem gute daz bekumert wirt. Da farnde gut wird beclaget mit gerichte, daz sal man dem virkunden, des das gut ist, un auch die zit, wan er sol daz gut fursten an dem gerichte. Sint. gesc. stet: wez gut bekumert ist, dem sal man is virkunden. ....

Verm. Ssp. III. 4, 4. Had eyn man gud inne, daz eynes gastes ist ... he sal is deme vor kunt thun, des daz gud ist, mit wissenschaft des richters adder der stat briefe, des had he von rechte 14 tage ufschub.

Bamb. R. §. 267. Unnd verbeut man einem auswendigen

100) Keyser-R. I. 30. Bamb. R. §. 269. Frankf. Schöffenger. O. 3.

101) Vgl. vorigen §. 2. N. 174 bis 176.

102) Die Behauptung von Fuchs Concursverfahren S. 31, in Deutschland seien die Vindikanten vermittelst des Aufgebots in das Konkursverfahren (Arrestverfahren) hereingezogen worden, findet in dem oben S. 83 Angeführten Bestätigung.

Digitized by Google

man icht ... so soll der clager es denselben verkunden lassen von gerichts wegen, ob er es versprechen oder verantwortten will, das er das thue in 14 tagen, in 8 tagen, in 3 tagen oder uber zwerchnacht.

Diese Verkündigung wurde, nachdem der Gläubiger den Arrest vor Gericht verlautbart hatte, durch Urtheil verfügt und gleich einer Ladung vollzogen, falls der Schuldner nicht bei der Verlautbarung zugegen war[103]). Der Prozeß, welcher sich hierauf zwischen dem Gläubiger und Schuldner entspann, hatte nichts Besonderes. Der Arrestprozeß als solcher führte eine Beschleunigung des gewöhnlichen Gerichtsganges nicht mit sich; das beschleunigte Verfahren im Gastgerichte aber war vom Arreste nicht abhängig. Erschien der Schuldner auf die Verkündigung nicht im angesetzten Termine, so wurde, nachdem die Verkündigung und das Ausbleiben sich noch zweimal wiederholt hatte, in den Ungehorsam des Schuldners in gewöhnlicher Weise zur Exekution geschritten[104]). Erschien der Schuldner und widersprach er dem Gläubiger, so konnte sich seine Vertheidigung sowohl gegen die Forderung als auch gegen die Arrestanlage richten; im letztern Falle bestritt er entweder das Dasein eines Arrestgrundes, worauf es zum Beweise desselben kam[105]), oder er beseitigte den Arrestgrund durch Stellung einer genügenden Kaution, worauf der Arrest aufgehoben werden mußte[106]). Die Verhandlung zwischen

103) Frankf. Schöffenger. O. 2. Und weris, daz an dasselbe gericht (d. h. am nächsten Gerichtstage nach Anlegung des Kommers) nymant qweme, ... so sal darnach der cleger ... denselben kommer ... mit einem richter vor gerichts wegen lassen virkunden, denselben kommer an dem nesten gerichte darnach zu verantworten und virsteen.

104) Bamb. R. §. 267, 268, 269. Frankf. Schöffenger. O. 4, 13.

105) Z. B. der Absicht des Schuldners zu entfliehn, Bayr. Landr. 291. (Freyberg IV. 483), welche aus Indizien entnommen werden konnte, z. B. der Entfernung aus der Stadt by slapener det, Hamb. R. 1270 VI. 15, Verden. Stat. 148. (Pufendorf App. I. 124). Ueber den Beweis der Justizweigerung Verm. Ssp. III. 4, 12. Ueber den Reinigungseid des Klägers gegenüber der Beschuldigung, den Schuldner in overmute aufgehalten zu haben, vgl. die bei Albrecht Gew. R. 298. und Fuchs Concursverf. S. 26. N. 1. angeff. Stellen.

106) Augsb. R. 138. Verm. Ssp. I. 17, 10. Hamb. R. 1270. IX. 10,

Digitized by Google

dem Gläubiger und Schuldner führte schließlich entweder zur Abweisung des Klägers und Aufhebung des Arrests oder zur Verurtheilung des Beklagten und Einleitung des gewöhnlichen Exekutionsverfahrens, in welchem der dasselbe einleitende Akt als durch die Arrestanlage bereits antizipirt nicht wiederholt zu werden brauchte.

Gelang es nicht, dem Schuldner den Arrest zu verkündigen, was bei dem Arrest auf das Vermögen von Gästen leicht geschehen konnte, so wurde in der Weise weiter verfahren, als ob das Verfahren von Anfang an lediglich gegen das Gut gerichtet gewesen wäre[107]). In diesem Falle sowohl, wie in dem von Anfang an in Ermangelung eines zu belangenden Schuldners gegen das Gut gerichteten Verfahren trat die Anomalie ein, daß man zur Exekution schritt, obwohl weder ein Schuldbekenntniß noch eine Verurtheilung des Schuldners vorlag. Dieser anomale Charakter des Verfahrens war die Veranlassung, daß das mit Beschlag belegte Gut in den bezeichneten Fällen nicht sofort nach dreimaligem Aufgebot und geschehener Gewaltigung zur Befriedigung des Gläubigers verwendet, sondern noch ferner Jahr und Tag aufbewahrt wurde, binnen welcher Frist dasselbe aus dem Arrest gezogen werden konnte. Dieser Regel, welche mehrere Rechte anerkennen[108]), darf wohl gemeinrechtliche Geltung beigemessen werden.

Verm. Ssp. III. 4, 4. Wer abir jener yme lande nicht, daz her on in 14 tagen nicht erreychen mochte, .. so behilt her von rechte noch zwo 14 tage, om zcu verkundigen, daz om sin gud besaczt sy. Kan her on in der czid nicht finde ... *he blibet jor und tag;* dornoch gewinnet her keynen ufschub me.

Hach III. 361. Bremer Ordel 76. (Pufendorf II. App. 96). Frankenberg. R. bei Schmincke Mon. Hass. 715.

107) Verm. Ssp. III. 4. 4. Z. 36. Bamb. R. §. 269.

108) Sie findet sich im Rev. Lüb. R. V. 12, 3, dessen Bestimmung, obwohl in den ältern Codd. fehlend, auf altem Gewohnheitsrecht fußt, wie aus Michelsen Oberhof Nr. 23. und 243. zu entnehmen ist.

Digitized by Google

Vergleicht man den bisher dargeſtellten erſten Abſchnitt des Arreſtverfahrens mit dem entſprechenden Abſchnitt des regelmäßigen Exekutionsverfahrens, ſo ergiebt ſich, daß die Abweichungen des erſtern vom letztern lediglich die Vorausſetzungen der Exekution und deren nachträgliche Beſchaffung vor Fortſetzung des Exekutionsverfahrens, in keiner Weiſe dagegen die Behandlung des Exekutionsobjekts betreffen. Völlige Uebereinſtimmung herrſcht im zweiten Abſchnitte. Hieraus erklärt es ſich, daß die Rechtsquellen dieſen Theil des Arreſtverfahrens entweder gar nicht behandeln, oder mit der Bemerkung abfertigen, der Gläubiger ſolle mit dem Arreſtobjekt gefarn als pfandes recht ist[109]). Die wenigen Andeutungen, die ſich hier und da finden[110]), beſtätigen die Uebereinſtimmung. Nur in zwei Beziehungen tritt eine Abweichung des Arreſtverfahrens vom Exekutionsverfahren hervor:

a) Wenn mehrere Gläubiger auf daſſelbe Objekt Arreſt erwirkt hatten, wurde, wie es ſcheint, ſtets zum Verkaufe deſſelben geſchritten, auch nach den Rechten, welche im Allgemeinen nicht den Verkauf, ſondern die Uebereignung des Pfandes an den Gläubiger eintreten laſſen[111]). Dies findet in der Schwierigkeit der Befriedigung Mehrerer durch Uebereignung deſſelben Objekts genügende Erklärung.

b) War eine Forderung des Schuldners mit Arreſt beſtrickt, ſo erfolgte eine Ueberweiſung derſelben an den Arreſtimpetranten[112]), obwohl im Exekutionsverfahren eine ſolche nicht ſtattfand. Die Ueberweiſung, auch Geweldigung genannt, gab ihm das Recht, die Forderung zu ſeiner Befriedigung einzuziehen[113]). Die Ueberweiſung konnte nicht den Zweck haben, den Gläubiger zu dieſer Einziehung zu legitimiren, da er dazu ohnehin legitimirt

109) Bayr. Landr. (Heumann) 154. (fehlt bei Freyberg). München. St. R. 44.

110) Z. B. Verm. Eſp. I. 17, 10.

111) Goslar. R. 6. Z. 33; vgl. §. 2. N. 262.

112) Schöff. Urth. bei Waſſerſchleben I. 102. Nr. 182: man sal ... den cleger *an das gelt weiszen* vor seyne schult. Magd. Fr. II. 2, 5.

113) Michelſen Oberhof Nr. 23: Hans by deme Zee (Arreſtimpetrant) mochte sodane vorgescr. 120. *besatete unde ingeweldigede gulden boren.*

Digitized by Google

erschien[114]). Die Bedeutung der Ueberweisung bestand vielmehr darin, daß hiermit das Zahlungsverbot aufgehoben wurde, welches bei der Arrestanlage erlassen war.

Der Beweis, daß das Arrestverfahren ein modifizirtes Exekutionsverfahren ist, liefert zugleich den Beweis, daß das materielle Rechtsverhältniß, welches der Arrest begründet, sowohl in Ansehung des Rechts des Gläubigers an dem Arrestgegenstande, als auch in Ansehung des Einflusses des Arrests auf das Forderungsrecht, durchaus nach den im vorigen Paragraphen dargestellten Grundsätzen zu beurtheilen ist. Es kann daher der Darstellung von Albrecht[115]) nicht beigestimmt werden, daß der Arrest während des ersten Abschnittes des Verfahrens kein Pfandrecht, dagegen im zweiten Abschnitt ein Recht an der Sache gleich der Auspfändung begründet habe. Vielmehr ist die in Beschlag genommene Sache im ersten wie im zweiten Abschnitte des Gläubigers Pfand, ein dingliches Recht des Gläubigers an derselben aber in beiden Abschnitten so wenig begründet, wie durch die Pfändung und Fronung, Gewaltigung und Einweisung im regelmäßigen Exekutionsverfahren.

§. 4.

3. Die Pfändung ohne Prozeß.

Von der prozessualen Pfändung einerseits und der Privatpfändung andererseits ist eine zwischen beiden in der Mitte stehende Klasse von Pfändungen zu unterscheiden. Mit der Privatpfändung hat dieselbe gemein, daß sie von dem Berechtigten zur Beitreibung einer ihm selbst gebührenden Leistung ohne Einleitung eines prozessualen Verfahrens gegen den Schuldner vorgenommen wird. Mit der gerichtlichen Pfändung im Exekutions- oder Arrestverfahren dagegen stimmt diese Art von Pfändung

114) Vgl. oben S. 62.
115) Gewere S. 139.

Digitized by Google

darin überein, daß sie von einer Obrigkeit gegen ihre Untergebenen vollzogen wird. Sie kommt sowohl bei Herrschaftsverhältnissen als bei Genossenschaftsverhältnissen vor.

Zieht man zunächst die Herrschaftsverhältnisse in Betracht, so erscheinen vor Allen die Gerichtsherrn zur Pfändung der Gerichtsunterthanen auch in andern als prozessualen Sachen berechtigt. Die im Gerichtsbann enthaltene Exekutivgewalt gewährte die Mittel, die kraft des Banns verhängten Geldbußen, aber auch sonstige dem Gerichtsherrn schuldige Leistungen zwangsweise beizutreiben. Man findet das Pfändungsrecht der Gerichtsherrn nicht allein in Betreff der auf dem Gerichtsunterthanenverband beruhenden [1]) und anderer öffentlicher Abgaben, sondern auch in Anwendung auf privatrechtliche Leistungen, namentlich grundherrliche Gefälle [2]), anerkannt. Im Namen des Gerichtsherrn trieben dessen Diener die schuldigen Leistungen durch Pfändung ein. Wo der Gerichtsbezirk mehrere Ortschaften umfaßte, wie bei der königlichen und gräflichen Gerichtsbarkeit, waren es die Lokalbeamten der einzelnen Ortschaften, denen die Beitreibung oblag, namentlich, wo die Hofverfassung bestand, der auf dem Herrenhof (Fronhof, Salhof, Dinghof) sitzende Beamte [3]). Als das gewöhnliche Verhältniß erscheint es, daß dieser Beamte, der Amtmann (Hofamman), Meier (Hofmeier), Schultheiß (Hof-

1) Z. B. in Betreff des Hubgelds, d. h. des von den Hufenbesitzern an den Herrenhof zu zahlenden Hofgelds, einer mit dem Leihezins nicht zu verwechselnden Rekognitionsabgabe, ein gezeuchnüsspennink dat hie in den hoff gehorig iss ind underworpen, wie das Hofsrecht zu Eikel §. 9. (Weisth. III. 61) sich ausdrückt, daher auch hofhörige gerechtigkeit genannt, Münster. Hofsprache (das. II. 128). Vgl. über Pfändung wegen des Hubgelds Kevs. R. II. 115, Weisth. zu Eilpe (das. III. 39).

2) Oefn. zu Höngg (Weisth. I. 7) umb bus und umb all die geltschuld, die die dorflüt ze H. der kirchen ze Z. schuldig werdent, sol man dieselben dorflüt pfenden. Dinghof zu Ehringen (das. I. 325) umb zins und umb ander ding, dar an dem gotzhus unrecht beschicht. Weisth. zu Oberdomphan (das. II. 260) der ... grundtzinss und sonst schuldigh were.

3) Manches hierher Gehörige bei Maurer Gesch. der Fronhöfe I. 538, II. 464, III. 339, Zöpfl Rechtsalterth. I. 132, Landau Salgut 35.

schulze), Vogt (Dingvogt) oder Keller, sowohl zur Erhebung als zur Zwangsbeitreibung der Abgaben bestellt ist[4]). Hier und da aber findet sich ein nur zur Erhebung der Abgaben bestellter Diener, welcher ohne Zwangsbefugniß ist und gegen die Säumigen die Hülfe des Ortsrichters in Anspruch nehmen muß. Diese Trennung der finanziellen und gerichtlichen Geschäfte wird namentlich von den Dinghöfen des Reiches berichtet, bei welchen neben dem Richter und Boten (dingwart) des Fronhofs ein Vogt angestellt war, dem es oblag, gegen Empfang einer Quote des eingenommenen Geldes die Abgaben zu erheben, der aber nicht befugt war, gegen den Willen der Pflichtigen in deren Besitzungen einzudringen und Pfändungen vorzunehmen, sondern gegen die säumigen Schuldner dinglich, d. i. mit Hülfe des Richters vorschreiten mußte[5]).

Neben den Gerichtsherrn sind die Schirmherren als zur Pfändung berechtigt zu nennen. Die Vogtei schloß das Pfändungsrecht in sich. Dies ergiebt sich daraus, daß auch diejenigen Vögte, welchen die ordentliche Gerichtsbarkeit nicht zustand, z. B. auf den Blutbann beschränkte Schirmvögte von Kirchen und Klöstern, die auf dem Schutzverhältniß beruhenden Abgaben (Vogtsteuer, Vogtschatz, Vogtrecht, Vogtpfennig) und die etwa herkömmlich durch Nichteinhaltung des Zahlungstermins verwirkte Buße (Besserung) durch Pfändung beitreiben durften[6]). Die Pfändung wurde von dem Vogte oder dessen Diener ohne Mit-

4) Z. B. Weisth. I. 325, 326, 341, 613, 653, 679, 714, II. 63, 65, 260 u. s. w.

5) Keyser-R. II. 114 bis 119. und ist ein voit alz vil gesprochen alz ein knecht, der um sinen lon gulde uffhebet (c. 115); ... auch en sint die hubere ire gulte dem voit oder dem lehnherrn nirgin verrer schuldig zu antworten dan in den fronhof dez keisers', sie wollen es dan gern tun; und en han des keisers boten ... uf der hubener hofe ioch garten ioch ekern nit zu schaffen. (c. 117).

6) Weisth. I. 172, 258, 342, 365, 567, 659, 757 und öfter. Zu demselben Ergebniß gelangt nach schweizerischen Quellen Wyß in Zeitschr. für schweiz. R. VII. 44: „Ganz ähnlich wie die gewöhnlichen Zinsen wurden die Lasten der Vogtei eingetrieben. Der Vogt war im Besitz der öffentlichen Gewalt und konnte daher auch leicht sich selbst Hülfe verschaffen".

Digitized by Google

wirkung des Gerichts vorgenommen [7]). Es kommt jedoch vor, daß zur Erhebung und Beitreibung der gerichtsherrlichen und vogteilichen Abgaben ein einziger Beamter bestellt ist [8]), oder daß ein zur Erhebung der gerichtsherrlichen und vogteilichen Abgaben angestellter mit Zwangsbefugnissen nicht bekleideter Diener gegen die Säumigen bei beiderlei Abgaben die Hülfe des Ortsrichters in Anspruch nehmen muß [9]).

Endlich stand auch den Leibherrn gegen ihre eigenen Leute die Pfändungsbefugniß zu. Die Rechtsbücher beweisen, daß diese Befugniß aus dem Herrschaftsverhältniß abgeleitet und nicht auf die Gerichtsbarkeit zurückgeführt wurde. In dem Deutschenspiegel Art. 76. wird die vom Pfändungsrechte des Zinsherrn handelnde Stelle des Sachsenspiegels folgendermaßen wiedergegeben:

> Ein isleich man mag wol phenden auf seinem gute, da man im gelt von geit, an des richters urlaub. Wer man im aver daz phant und ist *gut und man* sein, er nimt uberhaupt ein phant mit recht. Und ist daz *der man* sein niht ist, so sol er dem richter chlagen, der sol im phant antwurten.

Der Sinn dieser in den Schwabenspiegel 85. übergegangenen, jedoch in mehreren Handschriften korrumpirten Stelle ist: Verwehrt der Zinsmann dem Zinsherrn die außergerichtliche Pfändung, so giebt ihm seine Stellung als Zinsherr nicht das Recht,

7) Nach Oefn. zu Thurlinden (Weisth. I. 258) von dem waibel des Vogts; nach dem Hofrecht von Obermichelbach (das. 659) §. 10. von dem meier, welchen nach §. 5. der Vogt bestellt. Dinghofrodel von Nonnenweiler (Zöpfl R. A. I. 252).

8) Der im Dingrodel von St. Peter (Weisth. I. 351) erwähnte undervogt, welcher nach §. 26, 27. die Vogtsteuer eintreibt, wird nach §. 21. zwar vom Abt bestellt, aber auch dem Vogt verpflichtet und ist daher Unterbeamter Beider.

9) Weisth. von Biebern (Weisth. II. 191): der vogt soll nicht selbst pfenden, sonder er soll gehen zu dem schultheissen des gerichts, der soll mit im gehen und pfandt geben ..; der vogt soll uf der misten pleiben, nit in das hausz gehen, und pfendt der schultheiss .. so sol er dem vogt die pfande uber gatter ausslangen. Der auf der Miststätte bleibende Vogt ist offenbar nicht der in §. 8. erwähnte Schirmvogt, der Pfalzgraf bei Rhein, sondern ein Vogt in dem oben Note 5. erwähnten Sinne.

Digitized by Google

Gewalt zu gebrauchen, sondern er muß die Hülfe des Gerichts in Anspruch nehmen. Ist aber der Zinsmann sein Eigenmann, so ist er vermöge seiner Stellung als Leibherr berechtigt, die Pfändung mit Gewalt durchzusetzen, ohne der Hülfe des Gerichts zu bedürfen. Indem hier vorausgesetzt ist, daß der Zinsherr nicht selbst Richter sei, wird das Pfändungsrecht desselben unzweideutig auf die Leibeigenschaft zurückgeführt.

Als eine andere Quelle des Pfändungsrechts erscheint der genossenschaftliche Verband. Bei vertragsmäßigen Einungen wie bei urwüchsigen Genossenschaften findet sich in zahlreichen Anwendungen der Grundsatz in Uebung, daß der Gesammtheit und deren Organen das Recht zusteht, von den einzelnen Mitgliedern die ständigen oder unständigen Beiträge, welche sie zu Genossenschaftszwecken zu entrichten haben, und die Strafen, welche sie durch Uebertretung der genossenschaftlichen Ordnung verwirken, ohne gerichtliche Hülfe durch Pfändung beizutreiben. Das Verhältniß der Unterordnung des Einzelnen unter die Gesammtheit in gemeinsamen Angelegenheiten entschuldigte und rechtfertigte diesen Eingriff in das Hausrecht.

Ditmarf. R. 1447. §. 16: So schal ein jewelick in sinem huse velich (sicher) wesen, bede liff und gut, marcket vredes lick, dat sy dach effte nacht, so ferne he sick sülven wol bewahrt, uthgesecht (ausgenommen) kärspelspandinghe, burpandinghe, schlachtspandinghe, klüfftspandinghe effte ghildepandinghe [10]).

Aus diesem Grundsatz ist das Pfändungsrecht des Raths in den Städten abzuleiten. Als Organ der Stadtgemeinde (communitas, gilda major) hatte er dieses Recht auch dann, wenn der Stadt weder die Gerichtsbarkeit, noch auch, was in manchen Städten vorkommt [11]), das Recht der Exekution der

10) Das Land Ditmarschen zerfiel in Kirchspiele, diese in Bauerschaften, diese in schlachte (Geschlechter), diese nach Neocorus in broderembde (Bruderämter, Vetterschaften) oder klufftte (Klubbs, Gilden). Vgl. Wilda Gildewesen 59, Michelsen Samml. 348, Sachße Grundl. 542, 571.

11) Beispiele von schweizerischen Städten giebt Wyß Zeitschr. für schweiz. R. VII. 8, 25.

Digitized by Google

gerichtlichen Erkenntnisse zustand. Sein Pfändungsrecht beschränkte sich aber auf die städtischen Abgaben und die wegen Nichterfüllung bürgerlicher Pflichten oder Störung des Stadtfriedens erkannten Geldstrafen. Ein anschauliches Beispiel gewährt eine Urkunde von 1361 [12]), in welcher für die Stadt Zahna in Sachsen auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem Rath und dem Gerichtsherrn das Pfändungsrecht des Erstern folgendermaßen begrenzt wird:

Wie nach der stadt gesette sin schott nicht vul gift, den moghen die ratman utkopen unde nemen sine bute. Echt welk beker unredelike backt, edder bruwer unredelike mate ghift, edder borgherwake, doorsitten, doorsluten, waghendenst, graven edder ander burrecht, welkerleye dit ys, nicht en deyt, wene it eme gheboden wert na der stadt gesette, die schal dat der stadt beteren alsus. Na weme die ratman senden, die wedder burrecht ghebroken het, kumt hie nicht tu dem ersten male, so pandet men en vor 5 schillinge. Kumt hie tu dem andern male nicht, so pandet men en vor 10 sch. Kumt hie tu dem dridden male nicht, so pandet men vor 15 sch. Iss dat hie drie pande vorsett (versitzt), so moghen die ratman gahn vor des dore und panden en vor 3 punt. Dat pant moghen die ratman versetten von staden an, ane der herren weddersprake und und erer vöghede.

Eine zweite Anwendung der genossenschaftlichen Pfändung findet sich bei den Zünften. Die Zunftabgaben und Zunftstrafen wurden von den Zunftgenossen durch den Zunftboten beigetrieben [13]). Dessen Stelle versah gewöhnlich der jüngste Meister. Es kommt jedoch auch vor, daß die Zünfte eigene Diener hatten, denen die Pfändungen oblagen [14]), oder daß der Rath den Zünften

12) In Schöttgen und Kreysig Dipl. Nachlese der Historie von Ober-Sachsen X. 319. Die Stadt erwarb die Gerichtsbarkeit erst 1430; das. 342.

13) Ueber das Pfändungsrecht gegen Pfuscher vgl. §. 5. N. 40.

14) Stat. der Gewandschneiderinnung zu Cassel 1402. (Schminke Beschr. von Cassel 1767. Beil. S. 25) ouch wan sie iren knecht heiszen phenden vor ire broche, wilcher die pande werte, der sal noch eyns alse vele gebin.

auf ihr Nachsuchen zur Vollziehung der Pfändung einen Exekutanten „lieh“ [15], und wo der Rath an den Zunftstrafen Antheil hatte [16], lag wahrscheinlich die Beitreibung derselben ihm allein ob.

Ferner gehören hierher die Markgenossenschaften. Bei diesen fand die Pfändung gegen Markgenossen statt [17], sowohl wegen der von ihnen zu zahlenden Beiträge, z. B. des Hirtenlohns bei Weidegenossen [18], des Forstzinses bei Holzgenossen [19], als auch wegen der durch Uebertretung der Markordnung, z. B. Nichterscheinen im Märkerding [20] oder Nichtabfuhr des überwiesenen Holzes, verwirkten Strafen.

Bei den Deichbänden war nach dem in älterer Zeit gebräuchlichen System der Pfanddeichung [21] das Pfändungsrecht der Deichobern von besonderer Wichtigkeit. Die Geldstrafen, welche die Deichgenossen nach dem Herkommen verwirkten, wenn sie die ihnen auferlegten Herstellungen an der von ihnen zu unterhaltenden Deichkavel unterließen, wurden sofort durch Pfändung beigetrieben. Das hierbei eintretende Verfahren stellt z. B. das Hammerbroeker Deichrecht [22] folgendermaßen dar. Nachdem

15) Frankf. Stat. 1352. c. 22. (Senkenberg Sel. I. 23). Frankf. Zunftbräuche 1355. (Boehmer Cod. dipl. Moenofrancof. 642, 646). Auch um alle die vorgescr. stucke, wo under uns eyner was, der nicht gehorsam wolde sin unsern meistern, der gyngen sie zu den burgermeistern, die lehen uns eynen richter .... Wo derselben eyner die eynunge nicht gebin en wolde, des han wir eynen richter von unsir herren wegin, der sal uns phenden, als der zunffte recht stet. Ueber die Bedeutung von richter im Frankf. Recht s. §. 2. Note 353.

16) Wie z. B. bei dem Amte der Schlachter zu Plau nach Zunftstat. 1306. (Beil. zu den Rostocker Wöch. Nachr. 1824. S. 194).

17) Ueber das Pfändungsrecht wegen der von Fremden in der Mark begangenen Frevel vgl. §. 5. N. 39.

18) Oefn. von Fellanden (Weisth. I. 28).

19) Forstding zu Goslar (Weisth. III. 263).

20) Märkerding zu Camberg §. 5 ff. (Weisth. I. 575). Forstding zu Goslar §. 6, §. 23. (Weisth. III. 261, 263).

21) Der Name Pfanddeichung ist übrigens nicht von dem Pfändungsrecht, sondern davon abzuleiten, daß die den einzelnen Deichbaupflichtigen überwiesenen Abschnitte des Deichs Deichpfänder genannt wurden. Vgl. oben S. 25.

22) Hübbe, Das Hammerbroeker Recht. Hamb. 1843. S. 51 ff. Art. 2, 5, 7, 13.

Digitized by Google

bei der ordentlichen periodischen Deichschau der Deichvogt und die Deichgeschworenen die Gebrechen des Deichs ermittelt haben, sagen sie einem jeden Deichgenossen zu Hause und zu Hofe an, welche Herstellungen er vorzunehmen habe, synen dyk to beterende. Nach Verlauf der hierzu gestatteten Frist überzeugen sie sich durch eine außerordentliche Schau, ob die Herstellung bewirkt ist, und ziehen, wenn sie nicht bewirkt ist, die hiermit verwirkte, durch das Herkommen bestimmte Geldbuße ohne Weiteres durch Pfändung ein. In dieser Weise finden acht Schauungen mit immer steigenden Geldstrafen und Pfändungen statt, dergestalt, daß jedesmal die verwirkte Buße durch Pfändung beigetrieben wird, ere sick de pande wedder vorhoget. Ist bei der neunten Schau[23]) die Herstellung noch nicht gemacht, so wird das Gut vorspadet, d. h. das Grundstück vermittelst des Spatenrechts zur Strafe eingezogen. Nach andern Deichrechten, welche bei vergeblicher einmaliger oder zweimaliger Bestrafung mit Geldbuße dem Deichgreven und den Deichgeschworenen die Befugniß beilegen, die Herstellung auf Kosten des Säumigen bewirken zu lassen, erstreckt sich das Pfändungsrecht auch auf diese Kosten[24]). Wo zu Deichzwecken Abgaben von den Deichhaupflichtigen zu entrichten sind, findet auch wegen derselben die Pfändung statt[25]). Das Pfändungsrecht der Deichobern war völlig unabhängig davon, wessen Gerichtsbarkeit das deichhaupflichtige Grundstück oder der Eigenthümer desselben unterworfen war[26]).

Bei allen diesen Pfändungen finden sich als Gegenstand derselben nur Mobilien erwähnt oder vorausgesetzt. Nicht als ob

23) Die neun Schauungen hat auch das Deichrecht des Herzogthums Bremen, Hackmann Tr. de jure aggerum. Mant. nr. I. art. 15.

24) Aeltere Deich-O. der Stadt Bremen bei Pufendorf Obs. IV. App. 58. nr. 7, 8, 9. und neuere Deich-O. bei Heineken Tr. juris aggeralis reip. Brem. 1774. p. 148. nr. 12.

25) Z. B. nach dem Hammerbroeker Deichrecht a. a. O. Art. 49. wegen des Plagegelds dar man den dyk mede beteren schall. (Art. 55).

26) *Hackmann* l. c. p. 409. Moribus Spadelandicis omne jurisdictionum discrimen eatenus sublatum est, ut aggerum curatores etiam irrequisitis intermediis magistratibus .. pignorum captioni vacare possint

Digitized by Google

für die Leistungen, welche durch Pfändung beigetrieben wurden, das Grundvermögen überhaupt nicht gehaftet hätte. Das Gegentheil wird für einzelne hierher gehörige Leistungen ausdrücklich hervorgehoben, nicht allein bei Reallasten[27]), sondern auch bei persönlichen Schulden[28]). Aber die Entziehung des Grundeigenthums setzte immer ein prozessuales Verfahren voraus[29]).

Ueber das materielle Rechtsverhältniß, welches durch die Pfändung in den hier zusammengestellten Fällen entsteht, sprechen die Quellen sich nicht aus. Ist es richtig, daß die Pfändung in diesen Fällen, wie für einige derselben behauptet worden ist[30]), auf einer dem Pfändenden zustehenden Jurisdiction beruht, so scheint sich hieraus die Folgerung zu ergeben, daß die im §. 2. für die gerichtliche Pfändung gewonnenen Ergebnisse auch auf die hier in Frage stehende Klasse von Pfändungen unmittelbar Anwendung finden. Die Meinung aber, welche das Pfändungsrecht als Ausfluß der Jurisdiktion betrachtet, kann als richtig und als unrichtig bezeichnet werden, je nach dem Sinne, welchen man mit dem Ausdruck Jurisdiktion verbindet. Versteht man ihn in dem weitern Sinne, in welchem die Rechtsaufzeichnungen des Mittelalters die Worte Richter und Gericht gebrauchen, zur Bezeichnung der obrigkeitlichen Macht, in dem ihr unterworfenen Kreise zu gebieten (richten, regieren) und ihre Gebote zum Vollzug zu bringen, so ist es freilich richtig, daß auch den Vogteiherrn und Leibherrn, den Stadt-, Zunft-, Mark- und Deichobrigkeiten eine Gerichtsbarkeit zustand, und daß hieraus die Befugniß derselben entsprang, die schuldigen Leistungen wie durch indirekte Zwangsmittel so auch durch einen direkten Eingriff in das Ver-

---

27) Z. B. bei der Deichlast: Bremer Deich-O. Art. 10. bei Pufendorf l. c. *Hackmann* l. c. p. 412.

28) Z. B. bei den dem Richter schuldigen Wedden. Landfr. 1156. §. 3. (Legg. II. p. 102). Ssp. II. 41. Richtst. Lbr. 1. §. 3. Schwsp. 206.

29) Das im Landfrieden 1156. a. a. O. vorgeschriebene Verfahren stellt sich als die oben §. 2. N. 226 ff. erwähnte missio in bannum mit abgekürzten Fristen dar. Ssp. II. 41. §. 1. nach scephen urteil.

30) Wilda in Zeitschr. für D. R. I. 189.

Digitized by Google

mögen der Untergebenen beizutreiben. Verſteht man aber Gerichtsbarkeit in dem beſchränkteren Sinne, den man heutigentags allein damit verbindet, ſo kann ſie nicht als Quelle des hier fraglichen Pfändungsrechts angeſehen werden. Bei den einzelnen Arten deſſelben iſt bereits hervorgehoben worden, daß die Pfändungsbefugniß auch dann eintritt, wenn die Gerichtsbarkeit dem Pfändenden nicht zuſteht. Auch bei den vom Gerichtsherrn ausgehenden Pfändungen tritt der Unterſchied zwiſchen der prozeſſualen und nichtprozeſſualen oder, wie man auch ſagen kann, zwiſchen der gerichtlichen und adminiſtrativen Pfändung darin hervor, daß letztere nicht in den Formen des Prozeſſes, ohne Gehör des Schuldners und ohne Einholung eines Urtheils, ſtattfand. Wenn es ſich z. B. um Abgaben an den Gerichtsherrn handelte, welche in den periodiſchen Gerichtsverſammlungen zu entrichten waren [31]), ſo wurde gegen den Pflichtigen, welcher im Rückſtande blieb, nicht etwa in gebotenen Dingen von Termin zu Termin in prozeſſualen Formen verhandelt, ſondern nach Ablauf einer gewiſſen herkömmlichen Zahlungsfriſt außergerichtlich mit der Pfändung vorgegangen, welches Verfahren um ſo mehr dann eintrat, wenn ſchon die Erhebung der Abgaben nicht in dem ungebotenen Ding, ſondern außergerichtlich erfolgte, ſei es daß der Pflichtige ſie dem Berechtigten ins Haus oder an einen andern Ort bringen [32]), oder der Berechtigte ſie bei dem Pflichtigen heiſchen und holen mußte [33]). Daher wird in einzelnen Weisthümern ausdrücklich hervorgehoben, was allgemein galt, daß die Pfändung ane gerichte [34]), sunder einiche weitere rechtverdigung [35]) ſtattfinde. Es würde hiernach unzuläſſig ſein, das, was oben von der prozeſſualen Pfändung geſagt worden iſt, ohne Weiteres auch auf die hier beſprochenen Pfändungen zu beziehen.

Für letztere galten vielmehr beſondere Rechtsregeln, welche,

31) Z. B. Weisth. I. 658, 715, II. 450, 658.
32) Z. B. Weisth. I. 340, 653.
33) Z. B. Weisth. I. 339, 613, 679.
34) Oefn. von Birmensdorf (Weisth. I. 36).
35) Weisth. von Bendorf (Weisth. I. 613).

Digitized by Google

soweit sie aufgezeichnet sind, in den Hofrechten[36]), Stadtrechten, Zunftordnungen, Markweisthümern und Deichrechten zerstreut liegen. Vergleicht man aber das hier vorgeschriebene Verfahren mit dem prozessualen, so ergiebt sich unter einigen leicht erklärlichen Modifikationen eine Uebereinstimmung, welche berechtigt, auch in materieller Hinsicht unter den entsprechenden Modifikationen die prozessuale und nichtprozessuale obrigkeitliche Pfändung einander gleichzustellen.

Im Einzelnen vielfach von einander abweichend stimmen jene Rechtsaufzeichnungen doch in folgenden Grundzügen mit einander überein. Die gepfändete Sache wird zunächst an einem durch das Herkommen bestimmten Orte[37]) während eines ebenfalls durch das Herkommen bestimmten Zeitraums aufbewahrt. Während dieser Frist steht es dem Schuldner frei, durch Bezahlung der Schuld das Pfand einzulösen. Von einem Aufgebot des Pfandes oder von einem Anbieten desselben zu Haus und Hof des Schuldners zum Zweck der Einlösung ist keine Rede. Nach Verlauf der herkömmlichen Frist wird, ohne daß eine Gewehrdigung des Pfandes stattfindet, zur Versilberung desselben durch Verkauf geschritten, woneben der Versatz nur selten erwähnt wird[38]). Der Ueberschuß des Erlöses wird dem Schuldner ausgekehrt; wegen des durch den Erlös nicht gedeckten Ueberschusses der Schuld findet weitere Pfändung statt. Aus den zahlreichen Belegen mögen einige hier folgen. Wenn der Amtmann (Meier ꝛc.) des Fronhofs Leistungen für den Gerichtsherrn durch Pfändung eintreibt, so soll nach dem Hofrecht von Efringen[39]) folgendermaßen verfahren werden:

Waz och pfenden in den hof komet ... sol der meier dü

36) Auf das Hofrecht als Rechtsnorm verweisen ausdrücklich Oefn. zu Niederbüren (Weisth. I. 222) phenden und mit den phanden gefarn nach des hofes recht; Oefn. zu Tablatt (daf. 231), zu Rorschach (daf. 238) u. a. m.

37) Nach den Hofrechten auf dem Fronhofe. Landau Salgut 35.

38) Z. B. Brezenheimer Weisth. §. 86. bei *Kopp* D. de jure pignor. convent. Adj. 9. p. 70: pfand vornehmen und unter die judten sonder gericht versetzen. Vgl. oben S. 182.

39) Weisth. I. 324.

Digitized by Google

phant behalten an sinen schaden die nechsten 7 nacht an einander, so si dar in koment. Ist daz si nüt ê erlöset werdent und wenn die 7 necht uskoment, so sol der meier, sint es des gotzhus von St. Blesyen (des Gerichtsherrn) phender, dü phant des gotzhus amptman antwurten gen Basel, daz der selb amptman dem egen. gotzhus gewinn wie er mag, darumb die phender stunden,

nach dem Hofrecht von Lörrach[40]):

§. 7. Wenn der meyer phänder nimmt, ist es ein ligend pfand, so soll er es gehalten hinder seinen schlossen 8 tag, ist es aber ein essend pfant, so soll er es hinder den banwart stellen. Man soll auch wissen, dasz wenn die 8 tag verlauffen, dasz dann der meier wol mag die pfänder dannen führen und mag sie gen und verkauffen so tür er mag on alle gevärd. Wäre auch dasz ihm dar an abginge, so soll er me pfänder nemmen, unz dasz er gänzlichen der zinsen bezahlt wird; §. 22. löset man me darus, dann der zins ist, so soll man inen das übrig wider geben

und ähnlicherweise nach andern Hofrechten[41]). Für den Fall, daß Vogteilasten für den Vogt beigetrieben werden, schreibt das Hofrecht von Obermichelbach vor[42]):

§. 10. ... und dornach mag der vogt den meier anruffen, dass er ihm gebe farende pfand ... die er in (nach) den nächsten 8 tagen vertriben und verkauffen mag, glicherwiss als ob er sie mit vollem rechten erklagt hatt,

---

40) Weisth. I. 326.

41) Vgl. z. B. Weisth. I. 7, 153, 421, 613, 695 u. a. m. Dabei finden sich manche Singularitäten. Die auch in den Hofrechten gewöhnlich befolgte Ordnung, daß zunächst Kistenpfänder und nur hülfsweise lebende Pfänder zu nehmen sind, ist hier und da umgekehrt; Weisth. II. 461. Zur Sicherung des Hausfriedens soll Vieh wo möglich auf der Weide oder auf dem Gang zur Tränke und nur hülfsweise im Hause gepfändet werden; das. I. 653. Zuweilen ist es gestattet, die ganze Gemeinde anstatt des Pflichtigen zu pfänden, vorbehaltlich ihres Regresses gegen letztern durch weitere Pfändung; das. II. 460.

42) Weisth. I. 659; vgl. oben N. 7.

Digitized by Google

und der Dingrodel von Zarten [43]):

Der aber dem vogt die stür nit git zuo den vorgen. zilen, so sol er darumb pfenden und sol die pfant in dem gericht lassen in des meigers gewalt, der da amptman ist, 14 tage. Der sü in der frist nit enlöset, so sol der meiger dem vogt wider antwurten die pfant und sol in sü lassen füren, was er wil. Sint die pfant als guot, daz man sü umb daz guot versetzen mag, das sol der vogt tuon und sol es dem künden, des sü sint. Sint sü aber böser, so sol er sü verkouffen. Wirt ime über, das sol er dem gen, des die pfant warent. Gebrist aber ime, daz sol ime der nachziehen, des die pfant sint gewesen.

Es wird demnach, wie bei der prozessualen, so auch bei dieser Pfändung das Stadium der Aufbewahrung des Pfandes von dem der Befriedigung des Berechtigten unterschieden und letztere in derselben Weise wie im Prozesse bewirkt. Die Abweichungen von letzterem, welche in dem Wegfallen des Aufgebots, des Aufgebots und der Geweldigung bestehen, erklären sich theils daraus, daß Kläger und Richter hier in einer Person zusammenfallen, theils daraus, daß der Berechtigte und Pflichtige nicht wie im Prozeß im Verhältniß der Gleichberechtigung, sondern in einem Abhängigkeitsverhältniß sich befinden. Hiernach können mit Hülfe der bei der prozessualen Pfändung gewonnenen Ergebnisse die materiellen Wirkungen der nichtprozessualen obrigkeitlichen Pfändung dahin bestimmt werden, daß die pfändende Obrigkeit das Pfand durch die Pfändung in ihren Besitz brachte, wodurch ihre Befriedigung thatsächlich gesichert war; daß sie ferner den Versatz oder Verkauf des Pfandes kraft desselben Rechtes vornahm, welches bei prozessualer Pfändung dem Kläger durch die Geweldigung eingeräumt wurde, also in Vertretung des Schuldners; endlich daß ein dingliches Recht der pfändenden Obrigkeit durch die Pfändung nicht begründet wurde.

43) Weisth. I. 342.

§. 5.

II. Die Privatpfändung.

Wenn auch die Privatpfändung hier nur in Ansehung ihrer materiellen Rechtswirkungen in Betracht kommt, so ist es doch nicht möglich diese festzustellen, ohne das dabei eintretende Verfahren zu erörtern und zu diesem Zweck ihre verschiedenen Anwendungen zu sondern. Nach den trefflichen Erörterungen Wildas[1]) aber wird es genügen, im Allgemeinen auf diese zu verweisen und nur diejenigen Punkte hervorzuheben, auf welchen gegen die Auffassung Wildas Bedenken obwalten.

Sieht man von bloßen Vermuthungen über den vorgeschichtlichen Rechtszustand und von unsichern Folgerungen aus den skandinavischen Rechten ab, so kann man nicht mit Wilda davon ausgehn, daß nach altgermanischem Rechte dem Gläubiger die Befugniß eigenmächtiger Pfändung gegen seinen Schuldner zugestanden habe. Es mag denkbar sein, daß bei einer erst unvollkommen entwickelten staatlichen Ordnung es für nicht unerlaubt erachtet wird, wenn der Einzelne, was er vom Andern zu fordern hat, mit eigner Macht erzwingt, sofern er sich in den Zwangsmitteln und in dem Gegenstande der zu erzwingenden Leistung keines Uebermaßes schuldig macht. Allein nach den uns aufbewahrten ältesten Rechtsaufzeichnungen befanden sich die germanischen Stämme nicht mehr auf dieser tiefen Stufe staatlicher Entwickelung. Unter Berufung auf diese Quellen hat bereits Siegel mit vollem Rechte gegen den von Wilda gewählten Ausgangspunkt sich erklärt[2]). Dagegen glaubt Siegel es als einen allgemeinen Grundsatz des altgermanischen Rechtes bezeichnen zu dürfen, daß ein jedes formelle Versprechen eine pfändbare Schuld begründete. Auch in dieser Beschränkung aber kann das Pfändungsrecht des Gläubigers nicht zugegeben werden.

Allerdings, was das langobardische Recht betrifft, ist der Ansicht Siegels beizustimmen. Es mag richtig sein, daß die zum

1) Zeitschr. f. D. R. I. 166.

2) Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens I. 35, 38.

Digitized by Google

Beweise angeführten Stellen [3]) von einer ohne irgendwelche gerichtliche Mitwirkung vorzunehmenden Privatpfändung handeln, obwohl dies nicht außer Zweifel ist, da man unter Berücksichtigung des burgundischen und bayerischen Rechtes an eine mit Erlaubniß des Richters vorzunehmende Pfändung des Schuldners durch den Gläubiger denken könnte [4]). Das Recht der Privatpfändung ist aber nach jenen Stellen nicht einem jeden Gläubiger beigelegt. Der Ausspruch:

> Si quis devitorem habit, apellit eum semel, bes et usque tertio, et si devitum non reddederit aut non conposuerit, tunc deveat eum pignerare in his rebus, qui pignerare lecitum est

kann bedeuten: jeder Gläubiger darf nach dreimaliger Aufforderung zur Zahlung pfänden; er kann aber auch bedeuten: derjenige Gläubiger, welcher — unter den als bekannt vorausgesetzten Erfordernissen — pfänden darf, muß zuvor an den Schuldner eine dreimalige Aufforderung zur Zahlung richten. Die letztere Auslegung ergiebt sich als die richtige, wenn man andere Stellen des langobardischen Rechts zur Erklärung heranzieht. Die Erfordernisse einer pfändbaren Schuld sind aus einer jüngern Stelle ersichtlich [5]), welche als Bestätigung alten Rechts mit Hinzufügung weiterer Bestimmungen aufgefaßt werden darf, und zu deren Verständniß die im langobardischen Rechte über die Form der Verträge geltenden Sätze zu Hülfe zu nehmen sind. Das langobardische Recht unterscheidet erstens das einfache formlose Versprechen, zweitens ein Versprechen vor Zeugen, stantia (Geständniß, Schuldbekenntniß) genannt [6]), und drittens ein vor Gericht oder Zeugen abgelegtes, mit Uebergabe eines Pfandes (wadium) und

3) Rothar. 245. 246.

4) Die in Rothar. 249. 250. zur Pfändung gewisser Viehgattungen erforderte jussio regis würde dann als eine neben der allgemeinen Erlaubniß zu erwirkende besondere Erlaubniß aufzufassen sein.

5) Liutpr. 15.

6) Rachis 5. Albert. II. 21. (Anschütz 116) coram testibus legitimis stantia facta, i. e. stipulatio promissa seluti: dabis? dabo, promittis? promitto.

Digitized by Google

Stellung von Bürgen verbundenes Versprechen. Während der Gläubiger nicht pfänden durfte, wenn gar kein Versprechen oder Schuldbekenntniß stattgefunden hatte, z. B. bei Forderungen aus Delikten:

nam qui sine hac manifestationem pignerare praesumpserit, juvemus ut dublum pignus restituat [8])

oder wenn ein formloses, nicht vor Zeugen abgelegtes Versprechen stattgefunden hatte, wenn schon dabei ein Pfand (wadium) gegeben wurde:

et si hominis inter non fuerent, quando wadiatur, quicumque quasi fidejussorem pigneraverit componat [9])

durfte der Gläubiger den Schuldner oder Bürgen und der Bürge wiederum den Hauptschuldner pfänden, wenn ein Versprechen vor Zeugen mit Pfandsetzung und Bürgenstellung stattgefunden hatte:

Quicumque ... cuicumque amodo wadia dederit et fidejussore posuerit presentia 2 vel 3 testium, quorum fides amittitur (l. ammittitur), in omnibus conplere debeat. Et si distolerit et pigneratus fuerit ... nulla calomnia qui pigneraverit patiatur [10]).

Außer der formellen Begründung des Schuldverhältnisses setzte die Privatpfändung aber ferner voraus, daß die Schuld unbestritten war. Entstand Streit zwischen dem Gläubiger und Schuldner, sei es über den formellen Abschluß oder über die behauptete Zahlung, so kam es zum Prozesse, in welchem in der erstern Hinsicht das Zeugniß der beim Abschluß zugezogenen Zeugen dem Eide der Parteien vorging:

Si vero inter creditorem et devitorem et fidejussorem orta fuerit intentio ..., per sacramentum determinentur; nam

7) Rachis 5: si stantiam, quam ante liberos hominis aliquis facit, stare debit, quanto magis ea causa, quae per wadia firmatur et homines liberi intersunt .... Aripr. II. 21. (Anschütz 116) ita demum autem guadia perficitur, si per fidejussores recepta fuerit.

8) Liutpr. 15. Daß manifestatio Geständniß bedeutet, ergiebt Roth. 364 u. a. m.

9) ibid.

10) ibid. Vgl. Liutpr. 40.

Digitized by Google

si in presentia 2 vel 3 testium stipolatio ipsa facta fuerit, eorum testimonium, ut sacramentum inter dantes et accipientes (sc. wadiam) minime proveniat, credatur [11]).

Es sind daher unter den debita liquida, auf welche die Kommentatoren des langobardischen Rechts das Pfändungsrecht beschränken [12]), nicht erweisbare, sondern unstreitige Schulden zu verstehn. Zu den pfändbaren Schulden gehörten wohl vorzugsweise die im Prozeß durch Urtheil festgestellten; es ist glaubhaft, daß der Beklagte in gleicher Weise, wie es beim Eide und Zweikampf vorkommt [13]), durch Hingabe eines wadium und Stellung von Bürgen dem Gerichte gelobte, der Verurtheilung nachzukommen. Ist diese Annahme richtig, so vertrat die Privatpfändung als Selbstexekution die Stelle der gerichtlichen Exekution, welche sich im langobardischen Rechte nicht erwähnt findet.

Wenn nun auch für das langobardische Recht das Pfändungsrecht des Gläubigers in den erwähnten engen Grenzen anzuerkennen ist, so erscheint es doch durch nichts gerechtfertigt, dasselbe für ein allen germanischen Stämmen gemeinsames Rechtsinstitut zu erklären. Von keinem andern Volksstamme ist die Geltung desselben erwiesen [14]). Von einzelnen Stämmen ist im Gegentheil das Verbot der Privatpfändung erweislich. Während die Lex Saxonum und die Lex Angliorum et Werinorum die Pfändung überhaupt nicht, das ripuarische, alamannische und friesische Volksrecht nur die Pfändung von Vieh und Sklaven wegen Schadens-

11) ibid. Vgl. Rachis 5.

12) Aripr. p. 117. Alb. p. 118.

13) Rothar. 360 sqq. Liutpr. 61. 96.

14) Wollte man mit Delbrück Zeitschr. für D. R. XII. 231. aus dem im sechszehnten Jahrhundert verfaßten Rügenschen Landgebrauch einen kühnen Schluß auf das Recht der alten Rugier ziehen, so würde sich doch keine Uebereinstimmung zwischen diesem und dem langobardischen Rechte ergeben, da nach dem Rügenschen Landgebrauch dem Gläubiger die Pfändung bei allen Forderungen ohne Unterschied gestattet ist. Dieses Pfändungsrecht, welches auf einen Versuch hinausläuft, ob der Schuldner sich die Selbstbefriedigung des Gläubigers gefallen lassen oder einen Prozeß anfangen will, steht auf einer Linie mit der oben §. 2. Note 39. 40. erwähnten Anwendung der gerichtlichen Pfändung und dürfte neueren Ursprungs sein.

Digitized by Google

stiftung behandeln, schließen das bayerische und salfränkische Recht die Privatpfändung ausdrücklich aus, ohne eine andere Ausnahme als die Thierpfändung zu erwähnen, und setzen hiermit in bewußter Absicht[15]) einen Grundpfeiler der bürgerlichen Ordnung. Zwischen beiden Rechten besteht aber ein Unterschied insofern, als das salfränkische Recht die Privatpfändung noch entschiedener ausschließt, als das bayerische Recht.

Die Aussprüche des letzteren[16]):

Pignorare nemini liceat, nisi per jussionem judicis .... Si quis aliquem contra legem pignoraverit sine jussione ducis, pignus .. reddat et alium similem addat, duci vero pro fredo 40 sol.

lassen dem Zweifel Raum, ob die per jussionem judicis vorzunehmende Pfändung vom Richter und dessen Dienern oder vom Gläubiger vorgenommen werde. Da aber die hinzugefügten Strafverbote wegen ungesetzlichen Verfahrens bei der Pfändung sich offenbar an den Gläubiger richten[17]), so muß die letztere Meinung angenommen werden[18]). Der Gläubiger vollstreckt, was auch anderwärts vorkommt, den Spruch des Gerichts, nicht als Gläubiger, sondern per jussionem judicis, als Beauftragter des Richters.

Die Lex Salica dagegen überträgt, wie bereits oben erörtert worden ist, auch den Vollzug der Pfändung dem Gerichte. Ihr Inhalt ergiebt mit Bestimmtheit, daß auch in dem Fall, in welchem Siegel das Recht der Privatpfändung annimmt, die gerichtliche Pfändung stattfand. Die Stelle, welche letztere regelt[19]), setzt voraus, daß der Schuldner ein förmliches Gelöbniß, zu zahlen, vor Gericht geleistet habe:

15) Die Lex Bajuv. XIII. 3. (Legg. III. 315) giebt das Motiv des Verbots an: Talis enim praesumptio non debet fieri, *quia hoc scandalum generat.*

16) L. Bajuv. XIII. 1, 3. (Legg. III. 315).

17) Z. B. a. a. O. §. 5. Si quis oves ad pignus contra legem tulerit, *taceat de causa, pro qua pignus tulit.*

18) Gleiches gilt aus gleichem Grunde von der L. Burgund. Gundob. XIX, 1. (Legg. III. 541).

19) L. Sal. L. Vgl. oben §. 2. Note 128.

Digitized by Google

§. 1. Si quis ... alteri fidem fecerit ....

§. 2. Si quis ad placitum legitime fidem factam noluerit solvere,

also gerade einen solchen Fall, in welchem nach Siegel Privatpfändung hätte stattfinden dürfen; ist es aber wohl glaublich, daß man die gerichtliche Pfändung erst nach Erfüllung so vieler Erfordernisse zugelassen und mit so vielen schützenden Formen umgeben haben würde, wenn es dem Gläubiger freigestanden hätte, ohne Weiteres sich selbst zu helfen? An einer andern Stelle[20]) wird derjenige mit Strafe bedroht, welcher eine gerichtliche Pfändung wegen irgend einer Schuld veranlaßt, bevor der Schuldner vorgeladen aber ungehorsam ausgeblieben ist:

Si ... legitime illum jactivum admallatum non habuerit;

um so mehr mußte derjenige strafbar erscheinen, welcher unter solchen Umständen selbst pfändet. Am Deutlichsten spricht sich ein wahrscheinlich von Chlodwig herrührender Zusatz aus[21]):

Si quis debitorem suum per ignorantiam sine judice pignorare praesumserit, antequam eum nesti canthe chigio, h. e. accusante, et debitum perdat et insuper similiter si male pignoraverit cum lege conponat, h. e. capitale reddat et 15 sol. culpabilis judicetur.

Wer seinen Schuldner sine judice pfändet, insbesondere auch wer nach vorausgegangener gerichtlicher Verhandlung pfändet, ohne gegen den Schuldner in Gemäßheit der Lex Sal. L. 1. beim Gericht des thunginus das vorgeschriebene Verfahren eingeleitet zu haben[22]), wird bestraft, und zwar wenn er per ignorantiam handelte, blos mit Verlust der Forderung, wenn er aber male handelte, überdies mit einer Strafe von 15 sol. neben Rückerstattung des genommenen Pfandes oder Schadensersatz.

20) L. Sal. LI, 1. Warum admallatus an dieser Stelle nicht die sonst mögliche Bedeutung von vorgeladen haben soll, wie Siegel I. 54, 246. behauptet, ist nicht abzusehn. Vgl. oben §. 2. Note 135, 136.

21) L. Sal. LXXIV. Als Cap. Chlodov. c. 10. in Legg. II. 5. Eine andere Auslegung dieser Stelle giebt Siegel a. a. O. I. 249. vorbehaltlich der Begründung im folgenden (nicht erschienenen) Bande.

22) Vgl. oben §. 2. Note 133.

Digitized by Google

Es sind demnach in Betreff der Zwangsbeitreibung der Forderungen drei Systeme in den Volksrechten zu unterscheiden: das Gericht verfügt und vollzieht die Pfändung, fränkisches Recht; das Gericht verfügt die Pfändung, welche der Gläubiger vollzieht, bayrisches Recht; der Gläubiger pfändet ohne Mitwirkung des Gerichts, langobardisches Recht. Nur das erste System ist geeignet, in der Lehre von der Privatpfändung zum Ausgangspunkte genommen zu werden; denn dieses System ist dadurch, daß es im fränkischen, dann im deutschen Reiche von Reichs wegen angenommen wurde, gemeines Recht in Deutschland geworden. Wenn auch das eben erwähnte Kapitulare Chlodwigs nur als ein Zusatz zum salfränkischen Volksrechte erscheint und ein fränkisches Reichsgesetz, welches die außergerichtliche Pfändung für den Umfang des ganzen Reichs untersagte, uns nicht aufbewahrt ist, so ist doch an der gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Geltung dieses Verbots nicht zu zweifeln, da die Einführung desselben bei den Volksstämmen der Langobarden [23]) und Sachsen [24]) nicht als eine Singularität, sondern als Ausdehnung der im fränkischen Reiche bestehenden Ordnung auf die neuen Gebietstheile sich darstellt. Es mag sein, daß die Ausschließung der Selbsthülfe des Gläubigers in dem für die Romani geltenden römischen Rechte dazu beigetragen hat, dem Grundsatz des salischen Rechts zu allgemeiner Geltung im Frankenreich zu verhelfen, und vielleicht darf man die in dem oben erwähnten Kapitulare Chlodwigs zuerst vorkommende Strafe des Verlustes der Forderung als eine Nachbildung des decretum D. Marci betrachten. Es war demnach das Verbot der eigenmächtigen Pfändungen, welches die deutschen Kaiser seit dem dreizehnten Jahrhundert in ihre Landfriedensgesetze aufnahmen [25]), die Einschärfung eines

23) Cap. Papiens. c. 14. (Legg. I. 71). Ut nullus praesumat alteri res suas aut alia causa sine judicium tollere aut invadere, et qui hoc facere praesumpserit, ad partem nostram bannum nostrum componat. Nach Boretius Cap. 129. im J. 787 erlassen.

24) Cap. Paderbrunn. 785. c. 25. (Legg. I. 49). Ut nullatenus alterum aliquis pignorare praesumat, et qui hoc fecerit, bannum persolvat.

25) Landfr. Friedrichs II. 1235. c. 10. (Legg. II. 315); Rudolphs I.

Digitized by Google

schon seit Jahrhunderten zu Recht bestehenden Rechtssatzes und nur die hinzugefügte Strafandrohung, welche auf die eigenmächtige Pfändung als einen Bruch des Landfriedens die Strafe des Raubes setzt, erscheint als ein neuer Zusatz. Daß dieser Rechtssatz bis zum Ewigen Landfrieden in ununterbrochener Kontinuität beibehalten und namentlich nicht durch die Landfrieden von 1389 und 1398 oder den Reichs-Abschied von 1442 aufgegeben worden ist, wird weiter unten gezeigt werden. Es ergiebt sich hieraus, was von der Behauptung zu halten ist, daß „das uralte Recht der eigenmächtigen Pfändung, welches dem Gläubiger gegen seinen säumigen Schuldner wegen unzweifelhafter Schuldforderungen zustand, überall nur dem Einflusse des römischen Rechts und der mit demselben verbreiteten Bildung gewichen“ [26]), also in Deutschland erst mit der Aufnahme des römischen Rechts und der Wiederbelebung der römischen Rechtswissenschaft beseitigt worden sei. Wenn ungeachtet des Verbots der Eigenmacht Gewaltthätigkeiten und Fehden gegen Schuldner und deren unbetheiligte Angehörige eine sehr häufig vorkommende Erscheinung waren, so lag die Ursache nicht in dem Inhalt der bestehenden Rechtsnormen, sondern in der mangelhaften Rechtspflege, und auf diesem Gebiete, nicht aber durch die Aufnahme des römischen Civilrechts ist die Abhülfe beschafft worden.

Dem Verbote der außergerichtlichen Pfändung steht eine Reihe von Fällen erlaubter Privatpfändung als Ausnahme gegenüber. Wäre von einem ursprünglich allgemeinen Pfändungsrechte des Gläubigers auszugehn, so ließe sich die Annahme rechtfertigen, daß jene Fälle, wie sie als Ueberreste desselben Rechtsinstituts einen gemeinsamen Ursprung hätten, so auch nach gemeinsamen Regeln beurtheilt werden müßten. In der That aber stehen jene Ausnahmen in keinem Zusammenhange unter einander, sind aus sehr verschiedenen Gründen zugelassen und müssen, wenn man

österreich. Landsr. 1276. (daſ. 411. l. 30); fränk. Landfr. 1281. c. 12. (daſ. 434); Landfr. 1281. c. 47. (daſ. 430), 1287. c. 24. (daſ. 451); Landfr. Adolphs 1292. (daſ. 459), Albrechts I. 1303. c. 25. (daſ. 482).

26) Briegleb Geſch. des Exekutiv-Prozeſſes 2. Aufl. S. 27.

Digitized by Google

nicht in ein unstatthaftes Generalisiren verfallen will, jede für sich gesondert betrachtet werden.

1) Der älteste Fall erlaubter Privatpfändung ist die Pfändung der auf einem fremden Grundstücke bei einer Schadensstiftung betroffenen Thiere und Sklaven, seit Wilda gewöhnlich die Thierpfändung genannt, welche bereits in den Volksrechten[27]) anerkannt oder doch vorausgesetzt ist. Wilda[28]) leitet dieses Pfändungsrecht aus einem ursprünglichen vorgeschichtlichen Tödtungsrechte ab, welches aus Zweckmäßigkeitsrücksichten, nämlich zum Zwecke einer Vermittelung zwischen den Interessen des Ackerbaus und der Viehzucht, zu einem Pfändungsrechte abgeschwächt worden sei. Minder bedenklich, als diese von unerweisbaren Voraussetzungen ausgehende Erklärung, dürfte es sein, das Recht der Thierpfändung aus den Grundsätzen abzuleiten, welche im älteren Rechte über die Ansprüche des Beschädigten bei Beschädigungen durch Thiere oder Sklaven galten. Der im natürlichen Rechtsgefühl wurzelnde Satz, daß derjenige, welcher den Schaden anrichtet, ihn zu entgelten hat, wird im älteren Recht nicht blos auf Menschen, sondern auch auf Thiere, sogar auf leblose Gegenstände[29]) bezogen. Zunächst also haftete das Thier als Urheber des Schadens; hierin stimmen die Volksrechte überein, welche nur darüber, in welchem Umfange der Eigenthümer des Thiers hafte, verschiedener Ansicht sind, indem einige diese Haftungspflicht unbedingt anerkennen, andere unter der Voraussetzung, daß

27) L. Sal. IX. 2 sqq. L. Rip. LXXXII, 1. L. Alam. Hloth. II. 76, 2. (Legg. III. 72). L. Bajuv. XIV. 17. (daſ. 318). L. Fris. Add. VIII, 2. (daſ. 693). Walter R. G. §. 571. N. 2. ist der Ansicht, die L. Alam. gestatte die Thierpfändung nicht. Aber L. Alam. Hloth. II. 76, 1, III. 101, 1. verbietet die eigenmächtige Pfändung (von Thieren) zwar im Allgemeinen, läßt sie dagegen II. 76, 2. zu, si ipsa grex jumentorum damnum fecerit aut in prato aut in messe. Das in diesem Fall gestattete foris minare ist nichts anderes, als das in L. Rip. l. c. gestattete ad parcum minare.

28) a. a. O. S. 231.

29) L. Rip. LXX, 1. Si quis homo a *ligno* seu aliquolibet *manufactile* fuerit interfectus, non solvatur, nisi forte quis *auctorem interfectionis* in usus proprios adsumpserit, tunc absque fredo culpabilis judicetur.

Digitized by Google

der Eigenthümer nach erlangter Kunde von der Beschädigung das Thier wieder in sein Gewahrsam aufgenommen hat, noch andere mit der Einschränkung, daß er sich durch Auslieferung des Thiers an den Beschädigten von aller Verbindlichkeit frei machen kann[30]). Der Beschädigte ergriff also, wenn er sich des Thiers bemächtigte, den eigentlichen Schuldigen, in Anwendung desselben Schuldrechts, nach welchem auch der zahlungsunfähige freie Schuldner mit seiner Person dem Gläubiger haftete, unbeschadet der Befugniß des Eigenthümers des Thiers zur Auslösung desselben durch Befriedigung des Beschädigten. Daß Letzterer sich des Thiers eigenmächtig bemächtigen durfte, so lange dasselbe in Niemandes Gewahrsam war, hat so wenig etwas Auffallendes, wie die Befugniß zur Unterwindung des vom Eigenthümer preisgegebenen oder nicht aufgenommenen Thieres[31]). Dieser Auffassung nach war das Thier Pfand für die Schuld so gut wie der Schuldknecht[32]), und es ist daher nicht einzuräumen, daß, wie Wilda sagt, die Thierpfändung ursprünglich nicht den Charakter einer Pfandnahme zur Sicherstellung und Befriedigung des Beschädigten gehabt habe, welcher erst später allmälig eingetreten sei. Die Beziehung der Pfändung auf das Forderungsrecht des Pfandnehmers tritt deutlich hervor in dem früh vorkommenden Verbot übermäßiger Pfändungen, namentlich der Pfändung sämmtlicher Thiere bei einem von einer Heerde verursachten Schaden[33]).

30) Vgl. die Zusammenstellung bei Kraut Vorm. I. 348. und Wilda Strafr. 588. Der von Kraut nur dem sächsischen Recht zugeschriebene Satz, daß der Eigenthümer oder Herr abgesehn von eigenem Verschulden nur dann zu haften habe, wenn er das Thier ꝛc. wieder in seine Were aufgenommen, kann nicht für eine Eigenthümlichkeit des sächsischen Rechts angesehn werden und darf wenigstens für die spätere Zeit gemeinrechtliche Geltung beanspruchen. Die betreffenden Sätze der L. Sax. sind unter fränkischem Einfluß entstanden; vgl. ed. Merkel c. LI. LII. Gleiche Bestimmung enthalten für leblose Gegenstände die L. Rip. (vgl. Note 29) und für Sklaven Cap. quae in lege Rib. mitt. sunt 803. c. 5. (Legg. I. 117). Die Bestimmung des Ssp. II. 40. ist auch in Schwsp. 204. aufgenommen.

31) Ssp. II. 40. §. 2. Gosl. Stat. 43, 1 Verm. Ssp. II. 8, 1.

32) S. oben §. 1.

33) Rothar. 349. Liutpr. 153. Wilda a. a. O. S. 235.

Digitized by Google

Die Forderungen, für welche das gepfändete Thier haftete, waren der Schadensersatz, die Buße [34]) und der Ersatz der durch die Pfändung entstehenden Kosten [35]), wenn aber das Vieh von einem Hirten oder Knecht auf das fremde Grundstück getrieben war, nur die erste und die letzte Forderung [36]), wogegen die Buße in diesem Falle von dem Hirten oder Knecht verwirkt war [37]), für welchen der Herr und folglich auch das Vieh des Herrn nicht haftete [38]).

2) Das Recht des Grundbesitzers, den auf seinem Grundstück bei einer Schadensstiftung oder sonstigen Rechtsverletzung betroffenen Personen ein Pfand abzunehmen [39]), welches auch den Inhabern ausschließlicher Berechtigungen gegenüber den Zuwiderhandelnden eingeräumt wird [40]), seit Wilda gewöhnlich die Personalpfändung genannt, kann nicht auf die Thierpfändung zurückgeführt werden, wenn die vorgetragene Auffassung der Letzteren richtig ist. Die Volksrechte erwähnen der Personal-

34) Durch die vom Thier ohne menschliche Thätigkeit verursachte Beschädigung wurde dem Verletzten Buße und Wergeld, Ssp. II. 47. §. 2, 40. §. 1, aber dem Richter keine Wedde verwirkt, Ssp. II. 40. §. 3; vgl. oben Note 29. absque fredo.

35) Gosl. Stat. 43, 13; 68, 29. Verm. Ssp. II. 8, 3.

36) Ssp. II. 40. §. 4. Gosl. 43, 37. Verm. Ssp. II. 8, 4.

37) Und zwar eine größere Buße, als bei dem von dem hutelosen Vieh verursachten Schaden. Ssp. II. 47. §. 1. §. 2.

38) Ssp. II. 32. §. 1.

39) Unter diesen Gesichtspunkt fällt das Pfändungsrecht, welches die Markgenossenschaften, Deichverbände ꝛc. bei Freveln in der gemeinen Mark, am Deichkörper ꝛc. ausübten, was nicht blos von den Beamten, sondern auch von den einzelnen Gliedern der Genossenschaft geschehen konnte; vgl. z. B. in Betreff der Markgenossenschaften Weisth. I. 461, 577, 583, II. 378, 435, Löw Markgenoss. 239.

40) Unter diesen Gesichtspunkt fällt das Pfändungsrecht der Zünfte gegen die Pfuscher, welches übrigens nicht allenthalben zugelassen wurde. Vgl. Frankf. Zunftgewohnheiten 1355. (Boehmer Cod. dipl. Moenofranc. I. 646). Und wer der zunffte nicht en hat und widdir der zunffte will erbeiden, den sollen wir *mit eyme richter* phenden, den han wir von unsern herren; 647 den phenten unse meystere *mit gerichte;* 639, 640. Die Stelle des Augsb. St. R. 48: wa ein einunge ist, uzzerhalp der stat oder drinne, swär darumb tribet, den phendet ein jeglich man wol, der in der einunge ist, uf reht, bezieht sich nicht auf die Zünfte, vgl. unten N. 191.

Digitized by Google

pfändung noch nicht, abgesehn von den Beschädigungen, welche Personen durch Vieh verüben lassen. Sie bestimmen wohl die Strafen, welche durch Rechtsverletzungen der hier in Frage stehenden Art verwirkt werden, erwähnen aber bei diesem Anlasse der Abnahme von beweglichen Sachen als Pfänder nicht. Es ist daher die Frage aufzuwerfen, wodurch die Personalpfändung später Eingang gefunden habe. Verschiedene Quellenaussprüche weisen darauf hin, daß sie mit dem Verfahren bei der Betretung auf handhafter That zusammenhängt. Begeht Jemand einen Frevel (Weidefrevel) auf einem fremden Grundstück, so

werden des mannes perde oder ossen unde wagen *bestedeget in der hanthaften dat*[41]).

Verwehren die bei dem Frevel betretenen Personen die Abnahme eines Pfandes:

man bestedeget se mit deme rüchte; so muten se beteren dat rucht ... unde muten doch pandes recht dun[42]).

Ist das Gerücht erhoben und der Frevler festgenommen, so wird gegen ihn die Klage mit Gerüchte angestellt, sowohl um den Frevel, bei dem er betreten ist, als um die Pfandwehrung[43]). Der Gedankengang, aus welchem diese Ansprüche sich erklären, scheint folgender zu sein: Wer bei einer Rechtsverletzung auf handhafter That betreten wird, kann deßhalb festgenommen und vor Gericht gebracht werden, damit wider ihn was Rechtens geschehe. Dies gilt zwar nicht blos von Vergehn, welche Strafe an Leib und Ehre nach sich ziehn, sondern auch bei solchen, welche nur mit Geldbuße zu ahnden sind[44]), allein bei geringfügigen Vergehungen wird dem Verletzten diese Befugniß versagt und anstatt derselben nur die Abnahme eines Pfandes gestattet. Ist diese aber nicht möglich, entweder weil die Pfändung verwehrt

41) Ssp. II. 40. §. 4. Dasselbe bedeutet wohl München. St. R. 392: an der warn tat.

42) Ssp. II. 27. §. 4.

43) Richtst. Ldr. 42. Eine der vermengten Klagen, de me pinliken ansettet unde doch borgerlik wert.

44) Ssp. III. 37. §. 1.

Digitized by Google

wird, oder weil der Frevler nichts bei ſich führt, das zu Pfande genommen werden könnte[45]), ſo tritt ſelbſt bei geringfügigen Vergehn die Befugniß zur Feſtnehmung des Thäters ein. Den Gegenſatz zwiſchen ſchwereren Vergehn, wegen deren die Perſon angegriffen werden kann, und geringern Vergehn, bei welchen nur Pfändung zuläſſig iſt, hebt folgende Urkunde hervor[46]):

Wie ock in der stadt holte howet edder schaden deit *binnen pandes rechte*, der schal men ervolghen mit pandes rechte. Wer aver dat schade gescheghe in dem sülven holte *boven pandes rechte*, *dat süne were*, dat schal men ervolghen mit rechte.

Derſelbe Gegenſatz tritt hervor in der Unterſcheidung zwiſchen dem nächtlichen und einfachen Frevel[47]):

Swär den andern beschadeget in sime chorn, ist daz *bi der naht*, wirt er daran begriffen, daz heizzet ein diupstal; mag er den gewaltsun, so sol man in in den stock legen (und .... henchen). Vindet aber er in *tages* an sime schaden in sime chorne, so sol er in phenden.

Die Grenze zwiſchen beiden Klaſſen von Vergehn kann wohl dahin beſtimmt werden, daß zu den geringern Vergehn oder Freveln diejenigen gezählt werden, welche weder peinlich zu beſtrafen noch gegen die Perſon des Verletzten gerichtet ſind. Eine beſondere Beſtätigung für den Zuſammenhang der Perſonalpfändung mit der Verhaftung auf friſcher That ergiebt ſich daraus, daß die örtlichen Grenzen der Ausübung beider Rechte übereinſtimmend gezogen ſind. Wie nur der mit dem Gerüchte verfolgt und verfeſtet werden kann, der mit der tat oder in der vlucht der tat betreten iſt[48]), ſo heißt es auch von der Pfändung:

---

45) Weisthum der Bibrauer Mark. (Weisth. I. 515): hat er aber nit zu phenden, daz man an jme nit finden mag, so sal man en mit dem halse nemen.

46) Urk. 1361 bei Schöttgen und Kreyſig Diplom. Nachleſe der Hiſtorie von Ober-Sachſen X. 321.

47) Augsb. St. R. 105. (Freyberg).

48) Sſp. II. 35.

Digitized by Google

Vint man ine *in der stat*, man mut ene wol panden oder uphalden vor den scaden ane des richters orlof[49]),

oder:

Wer in ein mark nit en horet, wirt er *darinne* begriffen houwende, daz er mit recht sal gefangen sin der merker un hat virlorn, waz er da by im hat. Kumt er aber *fur den walt* an daz felt und kumen dan die lute, die da huter sint dez waldes oder die lute die in die mark horn, die en sullen in nit angreifen oder phenden, wan sie sullen im zusprechen ... mit gerichte[50]).

Man ist hiernach berechtigt anzunehmen, daß auch der Zweck der Personalpfändung kein anderer war, als der Zweck der Verhaftung auf frischer That, also Sicherstellung des Beweises und einer raschen Urtheilsvollstreckung:

durch dat he rechtes mede bekame[51]).

Der Einfluß der Pfändung auf den Beweis, insbesondere auf die Vertheilung des Beweisrechts unter den Streittheilen, kommt hier nicht in Betracht. Die Vollziehung des Urtheils wurde sichergestellt, indem das abgenommene Pfand, sofern es nicht als Werkzeug des begangenen Frevels zur Strafe abgenommen wurde, für die Forderung des Verletzten auf Schadensersatz und Buße haftete. Im Richtsteige heißt es in Beziehung auf die Pfändung desjenigen, der ein fremdes Grundstück mit eme nien wege betreten hat[52]):

49) Ssp. II. 28. §. 2.

50) Keyser-R. IV. 21. Freiburg. Handf. 1249. §. 142. (Gaupp St. R. II. 106): quicumque fuerit, qui fasciculum ... in nemore fecerit, postquam nemus exierit, nullus vadiare presumat. Burgdorf. Handf. 1316. §. 176. (daf. II. 139). Zuweilen ist aber herkömmlich eine andere räumliche Grenze für das Pfändungsrecht der Markgenossen gezogen; Beispiele bei Löw Markgen. 241. Murten. Stadtrodel §. 9. (Gaupp St. R. II. 153): Custos nemorum potest ... pignorare, ubicumque ipsum invenerit extra domum ligna portantem vel ducentem, dummodo aliquid de pondere arripere valeat extra domum.

51) Ssp. III. 20. §. 2.

52) Richtst. Ldr. 42. §. 6. Vgl. über die Buße Ssp. II. 27. §. 4. Schwsp. 195. Rupr. 130.

Digitized by Google

So vrach: wat di dat pant stan scole?
So vintme: dinen scaden, den du bewisen machst, unde vor dat rat 1 pf.; rit he aver, he geft ½ pf.

3) Der Grundeigenthümer durfte seinen Zinsmann wegen des Leihezinses und der durch Nichtentrichtung desselben nach Vertrag oder Herkommen verwirkten Zinsbuße pfänden. So gewiß die Existenz und ehemals gemeinrechtliche Geltung [53]) dieses Pfändungsrechtes ist, welches bei der ländlichen wie bei der städtischen, bei der erblichen wie bei der schlechten Leihe (Miethe, Pacht) vorkommt, so zweifelhaft und bestritten ist Grund und Ursprung desselben.

Eine noch immer verbreitete Ansicht führt das Pfändungsrecht auf das dingliche Recht des Leiheherrn zurück. Doch weichen die Anhänger dieser Meinung wieder darin von einander ab, daß bald das Eigenthum [54]), bald die Gewere und zwar bald die Gewere am Leihegut [55]), bald die Zinsgewere [56]) als die Grund-

53) Daß an der allgemeinen Geltung desselben nicht deßhalb zu zweifeln ist, weil es dem Gutsherrn hier und da in Vertragsurkunden besonders eingeräumt wird, hat schon Wilda a. a. O. 213. mit Recht hervorgehoben. Den daselbst mitgetheilten Urkunden reihen sich folgende an: In Urk. 1345. (Beil. zu Rostock. Wöch. Nachr. 1827. S. 133) schenken die Herrn von Werle dem Kloster zum H. Geist in Güstrow das Obereigenthum an Bauerngütern mit dem Zusatze: Praeterea damus pred. domui Sti. Spiritus ... jus impignerandi predictos redditus et ad hoc faciendum et sequendum, ut jus pigneris postulat et requirit. In Urk. 1346. (daf. 1827. S. 137) bestätigen dieselben den Verkauf des Rechtes zum Bezug der Zinse von gewissen Bauerngütern, welches das gedachte Kloster dem Presbyter C. zu Leibgedinge verkaufte, mit dem Beifügen: Si vero dicti villani .. dictam pecuniam et annonam ipsi C ... debito tempore non exsolverint, ex tunc Dnus C... ipsos redditus expignerandi ex bonis antedictis et cum pigneribus secundum juris exigenciam procedendi habeat potestatem.

54) Arnold, Zur Gesch. des Eigenthums 151.

55) Albrecht Gew. S. 159, dessen Ansicht, daß die Gewere am Grundstück auch die darauf befindlichen Mobilien ergreife, wohl keinen Vertheidiger mehr findet. Mittermaier D. P. R. 6. Aufl. §. 152, §. 283. Gengler Grundr. der R. G. 338, Grundzüge des D. P. R. 155. Bluntschli §. 97, welcher die auf dem Gute vorhandene Fahrniß „gewissermaßen als Zubehörde desselben" betrachtet.

56) Dunker Reallasten 73. Wer mit Stobbe Gewere 464. dem Leihe-

lage bezeichnet wird. Allen diesen Ansichten steht entscheidend der Umstand entgegen, daß das Pfändungsrecht an Mobilien ausgeübt werden kann, welche weder Früchte noch Zubehörungen des Leihegutes sind und sich weder im Eigenthum, noch in der Gewere des Leiheherrn befinden. Es kann in dieser Hinsicht auf Wildas Ausführungen[57]) Bezug genommen werden.

Unbefriedigend ist auch die Erklärung, welche Wilda dem Pfändungsrechte des Gutsherrn giebt, indem er die Beschaffenheit der Forderung, nämlich theils die Liquidität derselben, theils die Dringlichkeit prompter Entrichtung des Zinses als eines Aequivalents für die Naturalnutzung, als Grund angiebt. Wenn, wie oben ausgeführt ist, sogar die völlige Gewißheit der Schuld in Folge eines gerichtlichen Schuldbekenntnisses nur die sofortige Einleitung des Exekutionsverfahrens rechtfertigte, so ist nicht abzusehn, wie das stärkere Recht der Privatpfändung bei Leihezinsen durch die Liquidität der Forderung begründet sein sollte, welche ohnehin, wenn auch die Zinspflicht im Ganzen unbestritten war, hinsichtlich der einzelnen Zinsrückstände nicht immer obwaltete, bei denen vielmehr nur ein Näherrecht des Zinsherrn im Beweise begründet war[58]). Derselbe Vorzug im Beweisrechte und dieselbe Dringlichkeit prompter Entrichtung findet sich bei andern Forderungen, ohne daß daraus ein Grund entnommen wäre, dem Gläubiger das Pfändungsrecht einzuräumen, z. B. bei der Lohnforderung des Gesindes.

Sucht man den Grund des Pfändungsrechtes in dem persönlichen Verhältniß zwischen dem Zinsmann und Gutsherrn, welches in ähnlicher Weise wie beim Lehn auch bei der Zinsleihe sich dem dinglichen Verhältniß beigesellte, so liegt es nahe, die Gerichtsbarkeit, welche dem Gutsherrn wenn nicht immer doch

herrn gegenüber dem Zinsmann die Gewere des Guts abspricht, kann die Ableitung des Pfändungsrechtes aus der Gewere nur auf die Gewere am Zins gründen.

57) a. a. O. 217. Ueber die Pfändung von Sachen eines Dritten, an welchen dem Zinsmann ein Retentionsrecht zusteht, vgl. Goslar. Stat. 24, 42; über die Pfändung von Sachen des Aftermiethers das. 21, 24.

58) Hänel Beweissystem 113.

Digitized by Google

häufig über den Zinsmann in Leihesachen zustand, für die Quelle des Pfändungsrechts anzusehn. Diese Ansicht entspricht jedenfalls nicht den Rechtsbüchern, welche das Wesen dieses Rechtes gerade darin finden, daß der Herr seinen Zinsmann ohne Richter pfänden darf [59]). Ihr widerspricht aber auch die Thatsache, daß nicht alle Gutsherrn zur Ausübung der fraglichen Gerichtsbarkeit im Stande waren, während doch das Pfändungsrecht als ein allen Gutsherrn zustehendes Recht bezeichnet wird. Für den Zweck der vorliegenden Untersuchung ist es nicht nöthig, auf die Frage einzugehn, welchen Ursprung die Lehns- und Leihegerichtsbarkeit hatte und ob sie einen wesentlichen oder doch regelmäßigen Bestandtheil eines jeden lehns- und leiheherrlichen Rechtes bildete. Denn wenn man auch, was nicht zuzugeben ist, die letztere Frage bejahen müßte, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß nicht alle Gutsherrn zur Ausübung der Leihegerichtsbarkeit im Stande waren. Denn wie die Lehnsgerichtsbarkeit von dem Lehnsherrn nur unter der Voraussetzung ausgeübt werden konnte, daß er die zur Urtheilsfindung im Lehnsgericht erforderliche Anzahl von Lehnsmannen hatte [60]), wogegen, falls diese Voraussetzung mangelte, die Sache wie bei einer Justizverweigerung an denjenigen Richter gelangte, unter dessen Gerichtsbarkeit der Lehnsherr stand [61]), so ist ein Gleiches von der Leihegerichtsbarkeit anzunehmen [62]). Daß aber nicht alle Gutsherren so viele Zinsleute hatten, als zur Besetzung des Gerichts mit Zinsgenossen als Urtheilsfindern nöthig waren, unterliegt keinem Zweifel.

---

59) Z. B. Sp. I. 54. §. 4.

60) II. F. 16. contentio .. per pares ... dirimatur, *si tamen pares habeat.*

61) Schwäb. Lehnr. 27. Swer der herre ist, der nut 12 man hat, so er rihten sol umbe lehen reht, der sol kumen fur den herren, von dem er daz gut hat unde sol der ir beider manne so vil fur sich gebieten, daz er ein urteil zesamene bringen muge.

62) Sächs. Lehnr. 68. §. 5. Doch n'is de herre nicht plichtig to antwordene sime manne vor dem overen herren, he ne hebbe ime er rechtes geweigeret vor sinen mannen, *noch sime tinsgelden*, he ne hebbe ime er rechtes geweigeret *vor sinen tinsgenoten.*

Digitized by Google

Wenn nun auch nicht die Gerichtsbarkeit des Leiheherrn die Wurzel seines Pfändungsrechtes ist, so ist doch das gesammte persönliche Verhältniß des Zinsmanns zum Leiheherrn als solche zu betrachten. Auch wenn Letzterer nicht die Gerichtsbarkeit hatte, war er doch der Herr, der Zinspflichtige sein Mann, der ihm Hulde that, häufig wie der Lehnsmann durch förmlichen Eid. Wenn auch nur das Gut, nicht der Mann sein Eigen war, so war doch auf dem Gute er der Erste, der Zinsmann saß unter ihm, hinter ihm, als sein Grundholde, Untersasse, Hintersasse. Schon um dieses Verhältnisses willen waren Beide nicht Genossen gleichen Rechtes[63]). War der Herr, was als das gewöhnliche Verhältniß erscheint, zugleich von Geburt höhern Standes, so trat die Unterordnung des Zinsmanns um so stärker hervor. Es ist eine natürliche Folge dieser untergeordneten Stellung und Abhängigkeit, daß der Zinsmann sich gegen die eigenmächtige Geltendmachung des herrschaftlichen Rechts nicht auflehnen durfte und diese Eigenmacht straflos blieb, so lange der Gutsherr die Grenzen seines Rechtes nicht überschritt[64]). Es reiht sich demnach das gutsherrliche Pfändungsrecht an die im vorigen Paragraphen erwähnten Fälle obrigkeitlicher Pfändung. Wenn auch zwischen beiden der Unterschied obwaltet, daß es sich dort um die Ausübung einer öffentlichen Gewalt handelt, unter welchen Gesichtspunkt namentlich auch die Herrschaft über die Leibeigenen zu bringen sein wird, während hier von einem rein privatrechtlichen Verhältniß die Rede ist, so tritt doch diese Scheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht im Mittelalter nicht hervor.

Auf das Hintersassenverhältniß als Grundlage des gutsherrlichen Pfändungsrechtes weisen die Reichsgesetze, welche letzteres

63) Sächs. Lehnr. 108. Ez en mac mit rehte dehein man sim genoze zinslehen gelihen; er lihet ez wol sinem undergenoze.

64) Ein ähnliches Recht würde gewiß auch bei dem Lehn ausgebildet sein, wenn die Leistung des Lehnsmannes, der Lehndienst, sich zur Beitreibung durch Pfändung geeignet hätte. Die in den Lehnrechtsbüchern erwähnten Pfändungen sind gerichtliche, sei es daß der Lehnsherr als Lehnsrichter pfändet, Sächs. Lehnr. 65. §. 7, §. 8, Richtst. Lehnr. 9. §. 6, sei es daß er die Pfändung in der Eigenschaft als Landrichter vornimmt, Richtst. Lehnr. 13. §. 6, §. 7.

Digitized by Google

erwähnen, geradezu hin. In dem Landfrieden Rudolphs I. von 1281 c. 67[65]) heißt es:

Es pfendet ein iglich man *sinen holden und hindersaetzen* wol ân vronboten umb sinen zins unde umb sin gult.

Von dieser Grundlage aus erklärt sich nicht allein die räumliche Begrenzung des Pfändungsrechtes, welches nur auf dem Leihegute ausgeübt werden darf[66]), sondern auch namentlich der Rechtssatz, daß der Leiheherr, wenn der Zinsmann ihm das Pfand verwehrt, sich gerichtlicher Hülfe bedienen muß, ein Satz, welcher im Sachsenspiegel sich nicht findet, aber bereits im Dsp. bei Wiedergabe von Ssp. I. 54. §. 4. hinzugefügt[67]) und in den Schwabenspiegel übergegangen[68]), übrigens auch dem sächsischen Rechte nicht fremd ist[69]). Die nur auf das Leihegut bezügliche Unterordnung und Abhängigkeit des Zinsmanns gewährt dem Leiheherrn nicht das Recht, gegen die Person desselben Gewalt zu gebrauchen. Er muß, wenn nicht vermöge der Gerichtsbarkeit oder eines andern der im vorigen Paragraphen erwähnten Verhältnisse auch die Person des Zinsmanns seiner Herrschaft unterworfen ist, die Hülfe des Gerichts anrufen, sowohl wegen

65) Quellen der bayer. und deutschen Gesch. I. 349. nach Zöpfl R. A. I. 132. In dem Texte Legg. II. 430. c. 59. heißt es „sinen hindersazzen". Auch der Miether einer städtischen Wohnung wird hintersedel genannt, Verm. Ssp. II. 4, 2. 3.

66) Vgl. außer den von Wilda a. a. O. 210. gesammelten Stellen Goslar. Stat. 22. Z. 1, Augsb. St. R. 132. (Freyberg), woselbst die Worte diwile jener *bi im* ist — chumt aber jener *von im* von dem Sitzen des Zinsmanns auf dem Leihegute zu verstehen sind, München. St. R. 100, 292.

67) Dsp. 76. Vgl. oben §. 4.

68) Schwsp. 85. Ein jegelich man mag wol phenden uf sinem gute, da man im gelt von git, ane daz (i. ane des richters urlaub; vgl. Cod. Caes. 70, Freyberg 82, Gengler 70, Ruprecht 60). Weret man im daz phant unde ist daz gut sin *und der man sin*, er nimet ez uberhoupt mit reht ein phant. Und ist *der man nit sin*, so sol erz dem rihter clagen der sol im ein phant antwurten.

69) Er findet sich namentlich in Stadtrechten. Goslar. Stat. 110. Z. 39. Freyberg. St. R. 20. (Schott III. 157). Verm. Ssp. II. 4, 6. Schles. L. R. 358. (Gaupp 195). Das Eisen. R. III. 32. bezeugt als Landrecht, daß in diesem Falle (wie oben Note 43) das Gerücht erhoben werden dürfe.

Digitized by Google

Eintreibung des Zinsrückstandes, als wegen der durch Widersetzung gegen die Pfändung verwirkten Strafe, unbeschadet seiner Befugniß, unter den Voraussetzungen, welche die Anlegung des Arrests durch Privatpersonen rechtfertigen, das Pfand, das er nehmen wollte, durch Besetzung mit Nachbarn bis zum Einschreiten des Gerichts sicher zu stellen.

4) Nach einer sehr verbreiteten Ansicht soll auch der Rentenkäufer das Pfändungsrecht gehabt haben[70]). Prüft man die Quellenaussprüche, auf welche diese Ansicht sich stützt, so sind sie theils nicht beweisend, weil auf Leihezinsen bezüglich[71]), theils erbringen sie nur einen unsichern Beweis, weil sie sowohl von Leihezinsen als von Kaufrenten verstanden werden können[72]), theils aber anerkennen sie allerdings unzweideutig das Pfändungsrecht des Rentenkäufers. Dahin gehören folgende Rechte:

Schles. L. R. 358. (Gaupp 195). Welch man czins hat czu wedirkouffe, der mak vor synen czins phendin mit synes selbis hant adir mit syner diner.

München. Grundbuchs. O. 1572. XII. §. 4. .. zu pfendten ... ohn gericht und gerichtspotten, immassen umb solchen ewiggelt der stat M. herkhomen und recht ist.

Es ist gewiß bedenklich, auf diese wenigen Zeugnisse die Annahme zu gründen, daß das Pfändungsrecht beim Rentenkaufe als gemeines Recht gegolten habe. Die Anerkennung desselben in einzelnen Rechten kann lokale Gründe haben, statutarische Festsetzung[73])

70) Albrecht Gew. S. 159. Wilda a. a. O. S. 224. Duncker Reallasten S. 73. Ob Stobbe Zeitschr. f. D. R. XIX. 199. dieser Ansicht folgt, ist nicht bestimmt ersichtlich.

71) Verm. Ssp. III. 4, 7, worauf Albrecht Note 370. sich beruft, steht in dem Abschnitte vom huszmitungsrechte zcu zinse.

72) Dahin gehören die Stellen, welche vom hustins, husgelt, erbezins in Goslar, Braunschweig, Celle, Freyberg und andern sächsischen Städten handeln, da diese Namen in den betreffenden Stadtrechten sowohl in der Bedeutung von Leihezins, als von Kaufrente vorkommen. Vgl. Goslar. Stat. 21. Z. 1. (dazu Göschen 236), Braunschw. Stat. §. 31. (Gengler 38), Cell. Stat. 20, Freyberg. St. R. I. 20. (Schott III. 159).

73) Das Kap. 358. des Schles. L. R. ist eines der dreizehn Kapitel, welche die von K. Johann 1346 niedergesetzte Kommission ihrer Bearbeitung

Digitized by Google

oder örtliches Herkommen, welches sich leicht durch regelmäßige Einrückung der Pfändungsklausel in die Rentenkaufbriefe bilden konnte[74]). Für München z. B. ergiebt sich sowohl aus ältern Gültbriefen, wie aus den im sechszehnten Jahrhundert angewendeten Gültbrief-Formularen[75]) der gewöhnliche Gebrauch der Pfändungsklausel; leicht konnte die Ansicht entstehn, daß auch dann, wenn einmal die Pfändungsklausel weggelassen sei, dennoch nach der Absicht der Kontrahenten dem Rentenkäufer das übliche Pfändungsrecht zustehen solle; und daß in dieser Weise das Herkommen in München entstanden ist, erscheint um so glaublicher, weil das Pfändungsrecht hinsichtlich aller, auch der nicht auf dem pflichtigen Grundstück befindlichen Mobilien stattfand[76]), was den Grundsätzen von der Pfändung bei Leihezinsen widerspricht, aber der Pfändung kraft der Pfändungsklausel entspricht. Die Grundlage, auf welcher das Pfändungsrecht des Gutsherrn bei Leihezinsen beruht, das Hintersassenverhältniß, mangelt bei dem Rentenkaufe gänzlich; Rentenkäufer und Verkäufer stehn einander auf dem Fuße der Gleichheit gegenüber, durch Uebernahme der Rentenpflicht tritt Letzterer keineswegs in ein Verhältniß der Unterordnung und Abhängigkeit von Ersterem. Der Satz, daß der Zinsherr nur auf seinem Grund und Boden pfänden darf, welcher das Pfändungsrecht bei Leihezinsen beschränkt, führt bei Kaufrenten zur Verneinung des Pfändungsrechts, da dem Rentenkäufer das pflichtige Grundstück nicht gehört. Es ist daher die Behauptung gerechtfertigt, daß dem Rentenkäufer nicht nach gemeinem deutschem Rechte, sondern nur hier und da nach örtlichen Statuten und Gewohnheiten das Pfändungsrecht zustand[77]). Zu demselben Ergebniß gelangt Arnold in seiner

des Sachsenspiegels beifügte, und kann eben so gut eine neue Satzung wie altes Gewohnheitsrecht enthalten.

74) Auch bei persönlichen Renten war die Pfändungsklausel in Gebrauch; z. B. Urk. 1365. bei Lisch Meckl. Urk. II. 145.

75) Vgl. die bei Kraut Grdr. §. 130. Nr. 15, 16. mitgetheilten Stellen der M. Boica; Grundb. O. 1572. XII. §. 4. 1573. IX. §. 4. (Auer 249, 258).

76) Auer Einl. CXXXIII.

77) Zu demselben Resultat gelangt nach schweizerischen Rechtsquellen Wyß in Zeitschr. für schweiz. R. VII. 18, 45. Auch im englischen Rechte

Digitized by Google

Unterſuchung über das Verhältniß zwiſchen Leihe und Rentenkauf[78]). Denn wenn er annimmt, daß das Pfändungsrecht dem Rentenkäufer zwar nach der ältern Geſtaltung des Rentenkaufes zuſtand, ſo lange dieſer noch die Geſtalt der Leihe hatte, nicht aber nach der ſpätern Geſtaltung deſſelben, ſo iſt hiermit dem Rentenkäufer das Pfändungsrecht abgeſprochen, da das zuerſt erwähnte Rechtsgeſchäft, wenngleich es demſelben wirthſchaftlichen Zwecke dient, wie der ſpätere Rentenkauf, doch ſeiner rechtlichen Natur nach als eine wahre Leihe und das dabei eintretende Recht der Pfändung als das grundherrliche Pfändungsrecht wegen Leihezinſes ſich darſtellt.

5) Als einen weitern Fall erlaubter Privatpfändung pflegt man die kundlichen unlogenbaren Schulden zu bezeichnen und zum Beweiſe die Landfrieden K. Wenzels von 1389 §. 24 und und von 1398 §. 6, ſowie den Reichs-Abſchied von 1442. §. 2 anzuführen. So zahlreiche und gute Autoritäten dieſe Meinung tragen, ſo wird man doch nicht umhin können, bei näherer Prüfung mit der bisherigen Tradition zu brechen. Es wird darauf ankommen, zunächſt den Begriff der kundlichen unlogenbaren Schuld feſtzuſtellen und ſodann zu ermitteln, was über dieſe in den angeführten Landfrieden beſtimmt worden iſt.

Von den zur Bezeichnung der fraglichen Schulden gewählten Adjektiven:

Landfr. 1389 §. 24. kuntlich, redelich, müglich, unlaugenbar schult

Landfr. 1398 §. 6. kuntliche redeliche schult

R. A. 1442. §. 2. kuntlich und unlogenbar schult

iſt offenbar das überall wiederkehrende und überall an die Spitze geſtellte kuntlich für die Begriffsbeſtimmung allein weſentlich, während die bald hinzugefügte, bald fehlende Hinweiſung auf

war nach Gundermann Engl. Pr. R. I. 191, 241. die Befugniß der eigenmächtigen Pfändung zwar bei Leiſtungen, welche der Grundholde dem Grundherrn leiſtet, dagegen bei gekauften Renten ohne Pfändungsklauſel nicht begründet.

78) Zur Geſch. des Eigenthums S. 136, vgl. S. 151.

Digitized by Google

den guten Glauben des Gläubigers (redeliche schult), auf die rechtliche und sittliche Statthaftigkeit der geforderten Leistung (mügliche schult) und auf die Ausschließung des Schuldners vom Eide der Nichtschuld (unlogenbare schult) blos zur Beschreibung und Verdeutlichung der kundlichen Schuld dient. Früher verstand man unter letzterer eine urkundliche, verbriefte Schuld [79]). Daß aber die kundliche Schuld eine verbriefte Schuld zwar sein kann, aber nicht nothwendigerweise ist, ergiebt der Antrag der Reichsstädte [80]), im Landfrieden von 1389 „deme Artikel (24) der angeet: were man auch ymand kuntlich redelich schuld schuldig" den Beisatz zu geben: „hette auch ymand briefe daruber, derselbe mag siner brieffe und rechte genießen"; ferner der diesem Antrag entsprechende Beisatz im Landfrieden von 1398 §. 6; endlich die Fassung des §. 2. des R. Absch. von 1442: „ob ymand zu dem andern kuntlich und unlogenbar Schuld hett, hette dan der Schuld-Vorderer Bürgen oder Brieve, so" u. s. w. Daß kundlich von Kunde abzuleiten ist [81]) und daß nicht die Kenntniß des Gläubigers oder Schuldners von dem Bestehn der Forderung gemeint sein kann, ist klar. Es bleibt daher nur übrig, das Wort kundlich auf die öffentliche Kunde oder, was bei der deutschen Gerichtsverfassung damit zusammenfiel, auf die Gerichtskunde zu beziehen und daher die kundliche Schuld als diejenige zu erklären, welcher das Zeugniß des Gerichts zur Seite steht. Der alte Begriff von kundlicher Schuld und der Begriff von notorischer Schuld im Sinne der heutigen Notorietät [82]) decken sich ungefähr, aber nicht völlig. Denn einerseits genügte nicht jede Kenntniß der Gerichtspersonen von dem Vorhandensein der Schuld, sondern nur eine solche, welche sich auf einen vor dem Gerichte als solchem vorgenommenen Akt gründete, auf Verurtheilung, Gelöbniß oder Schuldbekenntniß vor

79) Eichhorn R. G. III. §. 463. versteht darunter eine durch förmliche besiegelte Urkunden bewiesene Schuld.

80) N. Samml. der R. Absch. I. 96.

81) Haltaus s. v. kundlich.

82) Vgl. Wetzell System des ord. Civ. Proz. §. 20.

Digitized by Google

Gericht; andererseits aber wurde das Zeugniß von Personen, welche anstatt des Gerichts handelten, und das Zeugniß anderer Gerichte, namentlich das von einem andern Gerichte in einer mit dem Gerichtssiegel versehenen Urkunde ausgestellte schriftliche Zeugniß dem eignen Gerichtszeugniß gleichgeachtet[83]). Ebensowenig decken sich die Begriffe kundliche Schuld und unlogenbare Schuld[84]). Zwar war jede kundliche Schuld unlogenbar; das Gerichtszeugniß, welches ihr zur Seite stand, schloß den Eid der Nichtschuld aus. Dagegen war nicht jede unlogenbare Schuld kundlich; die Ausschließung des Schuldners vom Eide konnte auch auf andern Gründen, als dem der Forderung zur Seite stehenden Gerichtszeugniß beruhen, namentlich darauf, daß der Gläubiger Zeugen stellte, welche nach Vereinbarung oder Gewohnheit den Eid der Nichtschuld ausschlossen[85]), oder daß die Forderung zu denjenigen gehörte, bei welchen ausnahmsweise der Kläger näher zum Eide war als der Beklagte.

Kundliche Schulden waren demnach gerade diejenigen, bei welchen nach dem oben Ausgeführten[86]) das Gericht auf Antrag des Gläubigers ohne weitere Verhandlung einen Zahlungsbefehl erließ und, wenn diesem binnen der herkömmlichen oder vom Gerichte gesetzten Frist nicht Folge geleistet war, die Hülfsvollstreckung verhängte. Zieht man nun in Betracht, daß die Landfrieden von 1389 und 1398 von dem Kaiser und von Reichsständen abgeschlossen sind, denen Gerichtsbarkeit zustand, so liegt die Frage nahe, ob die in Rede stehenden Verabredungen die Privatpfändung überhaupt zum Gegenstande haben und nicht vielmehr die obrigkeitliche, insbesondere die wegen kundlicher Schulden zulässige gerichtliche Exekution betreffen. Daß Letzteres der wahre Sinn derselben sei, erscheint um so glaublicher, wenn man den Inhalt der frühern Landfriedens-Einungen der verbündeten schwäbischen Städte, Rittergesellschaften und einzelner Reichsstände zu Hülfe nimmt, welche der Landfriede

83) Homeyer Richtst. S. 475 ff. Hänel Beweissystem S. 62 ff.
84) Wie Wilda a. a. O. 202. annimmt.
85) Hänel a. a. O. 178 ff.
86) Vgl. S. 47 ff.

Digitized by Google

von 1389 §. 34 aufhob und zu ersetzen bestimmt war. Denn offenbar ist von obrigkeitlichen Pfändungen allein oder doch zugleich die Rede, wenn es in der Einung von 1379 zwischen den schwäbischen Städten und den bayerischen Herzögen heißt[87]):

dass .. dehainerlay angrif noch pfandung ân recht nit geschäch .... Doch haben wir allermeniglich und jederman umb all verbrifft schuld, unlaugenbar gült und um hauptgelt[88]), vogtrecht, stewer undt zins alle ire recht behalten und aussgesetzt, als daz von alter biszher chomen ist

oder in der Einung von 1382 zwischen denselben, mehreren Fürsten und Rittergesellschaften[89]):

dasz wir ... nieman ... irs gutz, daz denn jeglicher in stiller geruweclicher nutzlicher gewer inne hät, one recht nit entweren noch niemen ....; doch ussgenommen aller verbrieffter schuld und unlogenbar gült, und umb hubgelt, vogtrecht, sturen und zinsen sol jederman .. alle sinu recht behalten und ussgesetzt sin, alz daz von alter biszher kummen ist,

oder in der Heidelberger Einung von 1384[90]):

wär ez auch, daz yeman angegriffen wurde von verbriefter schulde wegen oder von unlogenbarer gülte wegen oder von hubgelt, vogtrecht, stur oder zinses wegen, daz sol nicht roub haiszen noch sin und sol ouch doruff nit gemant werden, doch daz die, die von solicher sache wegen angriffent, mit denselben phanden phantlich sullent gefarn.

Gleichwohl ist diese Auslegung nicht haltbar. Handelte es sich blos um den ohnehin selbstverständlichen Vorbehalt, daß derjenige keinen Bruch des gelobten Landfriedens begehe, welcher kraft eines ihm zustehenden Rechtes, insbesondere kraft seiner obrigkeitlichen Gewalt pfände, so würde die Hervorhebung der kundlichen

87) *Datt* de pace publ. p. 41.

88) Wenn nicht hubgelt zu lesen ist, vgl. §. 4. N. 1, so ist wohl das Mortuarium, besthaupt-geld, gemeint.

89) *Datt* l. c. p. 48.

90) *Datt* l. c. p. 56.

Digitized by Google

oder irgend einer andern Art von Schulden unpassend sein, da dieser Vorbehalt sich für alle Arten von Schulden von selbst versteht. Ferner aber würde das obrigkeitliche Recht des Pfändenden die Pfändung nur dann rechtfertigen, wenn sie in dem Gebiete geschähe, auf welches das obrigkeitliche Recht desselben sich erstreckte; daß aber gerade Pfändungen außerhalb des Gebietes gemeint waren, ergeben die Vorschriften des Landfriedens von 1389. §. 24. und noch deutlicher die Vorschriften des R. Absch. von 1442. §. 3. über das nach der Pfändung zu beobachtende Verfahren, namentlich die Bestimmung:

dasz er dieselben phande alle ungeverlich in die nechste statt oder schloss triebe, da ein gerichte in sye, *das desz, der angriffet unnd pfenndt, noch desz, der pfendt wirt, nit sye* ... Er sol auch diewyle mit denselben pfanden *frid und geleyte* darin haben ungeverlich.

Der wahre Sinn des Landfriedens von 1389 scheint vielmehr folgender zu sein. Der Kaiser tritt mit einer Anzahl von Reichsständen vertragsmäßig zu einem Landfriedens-Bunde zusammen. Sie versprechen gegenseitig (§. 2): raub, mord, prant, vahen und unrecht widersagen, also auch die reichsgesetzlich als Raub behandelten eigenmächtigen Pfändungen zu unterlassen. Was aber die Forderungen betrifft, welche einem Theilnehmer der Landfriedens-Einung gegen den andern zustehn, so verabreden sie, veranlaßt durch die notorische Unzulänglichkeit der kaiserlichen Justiz, Einrichtungen, welche letztere ersetzen sollen; sie unterwerfen sich für streitige Sachen der Entscheidung eines Bundesschiedsgerichts (§. 9, §. 22) und räumen sich für unstreitige oder doch unbestreitbare Forderungen gegenseitig das Recht der Pfändung ein (§. 24). Zugleich bringen sie diese Selbstexekution, als Surrogat der gerichtlichen Exekution, in eine der letztern so viel als möglich angenäherte Gestalt. Erstens in Betreff der Voraussetzungen; nur wegen kundlicher Schulden, welche sofortige gerichtliche Exekution rechtfertigen würden, soll gepfändet und vor der Pfändung soll von dem Hauptmann des Landfriedens eine Zahlungsaufforderung an den Schuldner gerichtet werden. Zweitens in

Digitized by Google

Betreff des Verfahrens nach der Pfändung; es soll mit den Pfändern nach Pfandes Recht verfahren werden, d. h. nach den bei gerichtlicher Pfändung zur Anwendung kommenden Grundsätzen. Die in dieser Beziehung ertheilten Vorschriften stimmen mit dem oben dargestellten Verfahren bei der Mobiliarexekution durchaus überein[91]).

Haben die Bestimmungen des Landfriedens diese Bedeutung, was bei unbefangener Lesung wird zugegeben werden müssen, so ist es klar, daß man darin eine reichsgesetzliche Anerkennung des Pfändungsrechts des Gläubigers bei kundlichen unlogenbaren Forderungen nicht erblicken kann. Ein Reichsgesetz ist der Landfrieden nicht; er ist eine Einung, an welcher der Kaiser sich als Kontrahent gleich den andern Verbündeten betheiligt. Es wird nicht ein abstrakter Rechtssatz über Pfändungsrecht ausgesprochen, sondern die Bundesglieder räumen sich für ihre gegenwärtigen oder künftigen Forderungen gegenseitig die Befugniß der Selbsthülfe ein. Sie räumen sich diese Befugniß nicht etwa in der Meinung ein, daß sie ihnen zufolge eines Gewohnheitsrechtes schon ohnehin zustehe, dann hätte es keiner vertragsmäßigen Einräumung bedurft. Sondern sie machen von dem in damaliger Zeit sehr oft angewendeten Mittel der vertragsmäßigen Gestattung der Pfändung Gebrauch[92]), indem sie sich diese Gestattung gegen-

91) Landfr. 1389. §. 24: Mit den phanden sol er pfentlich gefaren und in das nehste sloss triben, da ein geriht ynne ist .. Und sint es essend pfant, die sol er steen lan 3 tag und 3 naht. Wern es aber ander pfant, die sol er lassen steen 4 wuchen. Ist das jemant kompt, der die pfant welt ussnemin, dem sol man sie uff recht oder gewisheit oder burgen usgeben (zu Borge thun) mit kuntschafft des richters oder amptmanns, in der geriht sie sint, oder ander erber lutde darzunemen und dabysin. Nemen sy aber der pfant nit uss, in der vorgescr. zyt, so mag er sy verkeuffen ungeverlichen so er turest mag, auch mit kuntschafft des amptmanns, in des geriht sie gefurt sint, oder ander erber lutde daselbst. Und dasselbe gelte sol danne derselbe, der geptendet hat, an siner schulde abgeen.

92) Es ist nicht zu bezweifeln, daß nach der Absicht der Kontrahenten (vgl. §. 44) das Pfändungsrecht auch gegen den Kaiser stattfinden sollte. Daß der Kaiser sich unter der Pfändungsklausel verpflichtet, ist nicht ohne Beispiel; vgl. die bei Heineccius Elem. I. 704. mitgetheilte Urkunde von 1315.

Digitized by Google

seitig auch für den Fall ertheilen, daß die Schuldurkunde die Pfändungsklausel nicht enthalte, immer vorbehaltlich der etwa im Schuldbrief dem Gläubiger eingeräumten noch weiteren Befugnisse, sowie des Rechts, die Forderung durch gerichtliche Exekution oder Arrestanlegung einzuziehn[93]). Die Wirksamkeit der Bestimmung beschränkt sich auf die Kontrahenten, die Bestimmung selbst ist mit der Auflösung des Bundes hinweggefallen.

Alles, was von dem Landfrieden von 1389 gesagt ist, gilt auch von dem Landfrieden von 1398, durch welchen jener auf weitere zehn Jahre erneuert wurde. Daß man die Pfändung wegen kundlicher Schulden nicht ohne Weiteres in Folge dieser Landfrieden für erlaubt hielt, ist daraus zu ersehen, daß man ungeachtet derselben die Befugniß, wegen kundlicher Schulden zu pfänden, nur auf den Fall der Konventionalpfändung bezog. Wie z. B. vor dem Landfrieden von 1389 im Jahre 1368 Landgraf Heinrich von Hessen den Bürgern von Marburg das Privileg gegeben hatte[93a]):

> wer ihne verwillköret in sine uffm briefe oder anders kentlich, dasz er ihne sine pfande erleube anzugreiffen one gerichte vor schult oder geburgtze, des pfand mügen sie angreifen und die nehmen ân gerichte und soln damitde pfentlichen werben und daran insollen sie oder wer ihnen darzu hilffet gen uns und unser erben ungebrochen haben,

so ertheilte während der Geltung des Landfriedens von 1398 Landgraf Hermann von Hessen den Bürgern von Gießen im Jahre 1400 ein gleiches Privileg[94]):

> daz sy alle diegene, dy in kundliche schuldig sin und ire pfante erlaubet han, phanden mugen und mit phanden geboren mogen als phands recht ist ... ussgenommen harnasch und geschutze.

93) Der Landfr. 1398. §. 6. fügt hinzu: were auch jemand dem andern zinse, gülte oder verbrieffte schuld schuldig, welicherley die weren, darumb mag jedermann seiner kundschafft, besesses (d. i. Arrest, vgl. oben §. 3. Note 85) und rechten geniessen und gebrauchen und seinen brieffen nachfolgen, als sie auszweisen.

93a) Wenck Hess. Gesch. III. Urk. B. S. 215.

94) Kuchenbecker Anal. Hass. I. 132.

Digitized by Google

Einer durchaus andern Beurtheilung, als der Landfrieden von 1389 und 1398, unterliegt der Frankfurter Reichsabschied von 1442, die sogen. Reformation K. Friedrichs III. Sie ist unzweifelhaft ein Reichsgesetz, eine „mit Beywesen und Rate" der Kurfürsten, Fürsten und Städte von dem Kaiser nach seiner Thronbesteigung erlassene „Ordnung" über die Haltung des Landfriedens. Es wäre also denkbar, daß hier das frühere reichsgesetzliche Verbot der eigenmächtigen Pfändungen durch Zulassung einer Ausnahme bei kundlichen Schulden abgeschwächt wurde. Dieses Aufgeben eines seit Jahrhunderten von der Reichsgesetzgebung festgehaltenen Grundsatzes wäre aber eine höchst auffallende Thatsache, doppelt befremdlich zu jener Zeit, da das allgemein empfundene Verlangen nach bürgerlicher Ordnung und sicherem Verkehr im Gegentheil auf Einschränkung der Selbsthülfe und Reform der Rechtspflege mächtig hindrängte und der jugendliche Kaiser gerade in jenem Reichsabschiede eine straffere Handhabung des Landfriedens anstrebte[95]). In der That aber enthält der Reichs-Abschied jene vermeintliche Gestattung der Privatpfändung gar nicht. Nachdem im §. 1. die Selbsthülfe im Allgemeinen verboten und nur für den Fall, daß der Rechtsweg fruchtlos betreten worden, unter den durch die Goldene Bulle Kap. XVII. bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise zugelassen ist, heißt es im §. 2: „Item ob yemand zu dem andern kuntlich und unlogenbare schuld hette, hette dan der schuldvorderer bürgen oder brieve, so möchte er sein schuld vordern und einbringen nach laut und sage solicher seiner brieve und als ihm versprochen ist zu bezalen. Möchte aber einer nicht bezalt werden nach seiner brieve lute oder als ihm versprochen wäre, daß man in bezalen solt, und

95) „Wann Wir nun", heißt es im Eingange (N. S. I. 170), „im Anbegyn Unseres Regiments ... manigvaltiglich vernommen haben und underricht sind, daß in dem H. Röm. Reich ... viel Unrathß, Gewaltigungen ... Angriesse und Beschädigung beschehen sind und noch täglich bescheen ...: So haben Wir Uns ... darzu ergeben, daß Wir mit allem Fleiß solchen Unrat und böß Sachen .... nach allem Unserem Vermögen abzutilgen arbeiten wollen. Und darum ... setzen, wöllen und gebieten Wir" u. s. w.

Digitized by Google

ihm alßdann zu pfenden darum gepurte, der ſol es doch mit den Pfanden halten, ſo hernach geſchriben ſteet". Der erſte Satz handelt nicht von der Privatpfändung, ſondern ſpricht aus, daß auch kundliche und deßhalb unleugbare Forderungen im Rechtswege eingetrieben werden ſollen. Der zweite Satz ſchreibt vor: wenn Jemand das Recht habe zu pfänden, ſolle er es nicht anders thun, als in der in §. 3 ff. beſtimmten Weiſe. Wer berechtigt ſei zu pfänden, iſt hiermit nicht entſchieden. Namentlich iſt nicht geſagt, daß bei kundlichen unlogenbaren Schulden der Gläubiger immer pfänden dürfe. Da von urkundlich oder ſonſt verſprochenen Leiſtungen die Rede iſt und da Zinſen, Gülten und Zehnten am Ende des §. 2. beſonders erwähnt werden, ſo kann an keinen andern Fall der Privatpfändung gedacht werden, als an den weiter unten zu erwähnenden Fall der Konventionalpfändung. Daß die Reformation a. a. O. lediglich dieſen Fall betrifft, erhellt aus der Faſſung, in welcher der Inhalt derſelben in ſpätern Landfrieden Friedrichs III. wiedergegeben wird. Nachdem der auf fünf Jahre verkündete Landfrieden von 1467 die Geſtattung der Privatpfändung für den Fall fruchtloſer Beſchreitung des Rechtswegs beſeitigt und die deßhalbigen Beſtimmungen der Goldenen Bulle Kap. XVII. und der Reformation von 1442. §. 1. aufgehoben, im Uebrigen aber letztere beſtätigt hatte[96]), wurde dieſe Beſtimmung in dem kaiſerlichen Landfriedens-Concept von 1471 weiter ausgeführt und hierbei die fragliche Vorſchrift der Reformation von 1442 folgendermaßen wiedergegeben[97]):

„Wir ordnen und ſezen auch, ob yemandt in craft ſiner verſchribunge ſin widderparthy oder burgen zu pfenden underſteen wult, das er das nit anders, denn wie unſer obgemeltlt Reformacion voun Phennung ußwyſet, halten ſolt"

dieſer Satz auch, nachdem er in dem kürzer abgefaßten Landfrieden von 1471 übergangen war[98]), mit gleichen Worten in den

96) Landfr. 1467. §. 3. §. 7. (N. S. I. 225).
97) Landfr. Conc. 1471. §. 1. §. 10. (N. S. I. 227. 229).
98) Landfr. 1471. (N. S. I. 245).

Digitized by Google

Landfrieden von 1474 [99]) und sodann in den Landfrieden von 1486 in folgender Weise aufgenommen [100]):

„ob ymand auf sein verschreibung zu pfenden vermeint, ob die in mangel der bezalung ime das zugebe, der sol doch zuvor die pfandung vier wochen seinen schuldigern offentlich verkundigen".

Das angebliche Recht der Privatpfändung wegen kundlicher unlogenbarer Schulden kann demnach aus den Reichsgesetzen nicht abgeleitet werden und ist gänzlich zu leugnen.

6) Das Recht der Privatpfändung konnte dem Gläubiger vertragsweise vom Schuldner eingeräumt werden, insbesondere durch die der Schuldverschreibung einverleibte Pfändungsklausel [101]). Der häufige Gebrauch derselben ist aus Urkunden des dreizehnten und der folgenden Jahrhunderte nachzuweisen [102]). Die Zulässigkeit der Konventionalpfändung wurde reichsgesetzlich anerkannt, zuerst in dem Landfrieden K. Albrechts von 1301 [103]).

7) Endlich war dem Gläubiger die Pfändung im Nothfalle gestattet, wenn er seine Forderung in anderer Weise nicht geltend machen konnte.

Hierhin gehört zunächst der Fall, daß der Gläubiger den Rechtsweg fruchtlos betreten hatte, sei es daß ihm die Rechtshülfe verweigert war, oder daß dieselbe sich ohnmächtig erwiesen hatte. Nachdem das Recht der Privatpfändung für diesen Fall in den

---

99) Landfr. 1474. §. 1. §. 10. (N. S. I. 261. 263).

100) Landfr. 1486. §. 8. (N. S. I. 277).

101) Gewöhnlich in folgender oder einer ähnlichen Form: so soln sie moge und macht haben uns zu pfenden, in hus und hoff, in felde und in dorffe, in der gemark und aus der gemark, mit oder ân gericht, also lang und viel, bis sie genugsam bezalt sein.

102) Die Abhandlung von *J. A. Kopp* de jure pignorandi conventionali. Francof. 1735. 4. §§. 6 bis 15. bringt zahlreiche Beispiele bei von Verträgen der verschiedensten Art, Vergleich, Darlehn, Kauf, Pacht, Landsiedelleihe, Schenkung, auch von Deliktsforderungen.

103) Legg. II. 476. l. 23. Landfr. K. Ludwigs 1332. (Lehmann Sp. Chron. 681). Landfr. Karls IV. 1351. (das. 708). N. A. 1442. §. 2, Landfr. 1467, 1474, 1486, vgl. oben N. 96, 99, 100.

Digitized by Google

Reichsgesetzen [104]), zuletzt noch im Reichs-Abschied von 1442 §. 1. anerkannt worden war, wurde es zunächst in den Landfrieden von 1467, 1471, 1474 und 1486 temporär [105]), endlich in dem Ewigen Landfrieden von 1495 definitiv beseitigt.

Als Pfändung im Nothfall erscheint ferner die Festnahme der Person des Schuldners oder die Beschlagnahme von Sachen desselben durch den Gläubiger in Fällen, wo die Arrestanlage stattfindet, der Arrest aber nicht verhängt werden kann, weil das Gericht nicht sogleich zur Stelle ist [106]). Gewöhnlich wird die auch nach heutigem Recht anzuerkennende Befugniß des Gläubigers zur Ergreifung solcher Sicherungsmittel daraus abgeleitet, daß der Arrest ursprünglich überhaupt ein außergerichtlicher Akt gewesen sei [107]). War aber der Arrest, wie oben gezeigt worden, von jeher ein gerichtlicher Akt, so muß der Privatarrest als eine durch die Nothwendigkeit entschuldigte Selbsthülfe aufgefaßt werden.

Unter den Begriff der Pfändung im Nothfall fällt auch die Pfändung wegen solcher Forderungen, welche zwar nicht reprobirt, aber im Rechtswege nicht zu verfolgen sind. Aus diesem Grunde, nicht aus der Liquidität der Forderung [108]), erklärt sich das Recht der Privatpfändung wegen Spielschulden, welches in Rechtsquellen, die eine Klage auf den Spielgewinn nicht zulassen, mit der Einschränkung eingeräumt wird, daß es sogleich beim Spiele an den im Besitze der Spieler befindlichen Mobilien auszuüben ist [109]). Man könnte daran denken, auf denselben Grund auch das Recht der Wirthe, die bei ihnen einkehrenden Gäste wegen der Bezahlung für verzehrte Speisen und Getränke zu

104) Landfr. 1235. c. 5. (Legg. II. 314), 1287. c. 7, 8. (ib. 449), 1303. c. 4. (ib. 481) u. s. w.

105) Vgl. oben N. 96 bis 100.

106) Vgl. oben §. 3. N. 52.

107) Bayer Summ. Proz. §. 39. Fuchs Conc. Verf. S. 22. Baumeister Hamb. Priv. R. I. 86.

108) Wie Wilda Zeitschr. für D. R. II. 2, 146. annimmt. Vgl. oben S. 205.

109) Augsb. R. 398. i. (Walch IV. 394). Passau. R. §. 48. (Gengler St. R. 352). Rotenburg. R. §. 11. (das. 384). München. R. 143. Bayr. L. R. 272. (Freyberg IV. 478). Bamberg. R. §. 125. Gl. zu Ssp. III. 6.

Digitized by Google

pfänden[110]), zurückzuführen, welches aus der Liquidität der Forderung nicht erklärt werden kann[111]). Aber Zechschulden waren klagbar[112]), und die hier und da schon in älteren Stadtrechten[113]), häufiger in neueren Partikularrechten aus polizeilichen Gründen angeordnete Unklagbarkeit derselben beruht nicht auf deutschem Gewohnheitsrechte. Das Pfändungsrecht der Wirthe ist vielmehr daraus zu erklären, daß bei Forderungen gegen Gäste der Arrest stattfand, wegen der Gefahr im Verzuge aber der Privatarrest gestattet wurde[114]). Es findet daher in der Regel nur gegen auswärtige Wirthshausgäste statt[115]).

Gegenstand der außergerichtlichen Pfändung waren nur bewegliche Sachen. Nach den Volksrechten waren Immobilien nicht einmal Gegenstand der gerichtlichen Exekution, also noch weniger einem außergerichtlichen Angriffe ausgesetzt. Vom langobardischen Rechte wird das Gegentheil ohne genügenden Grund behauptet[116]). Ein eigenmächtiges wifare von Grundstücken wird zwar dort erwähnt, aber im Sinne einer Besitznahme wegen Eigenthumsanspruchs[117]); und wo von wifare aut pignerare

110) Augsb. R. (Freyberg 118). München. R. 110. Bayr. L. R. 269. (Freyberg IV. 476). Bamb. R. §. 123. Bodenwerder. R. §. 39. 40. (Gengler St. R. 30). Erfurt. R. (Walch II. 23). Verm. Sſp. III. 16, 6. Weisth. I. 77, 84, 89 u. ſ. w. In oberhessischen Dörfern ist es noch heute üblich, daß der Wirth durch Wegnehmen der Mütze oder Pfeife „pfändet". Gegen das Pfändungsrecht Lüb. R. (Hach IV) 45.

111) Wie Stobbe Vertr. 199. annimmt. Vgl. oben S. 205.

112) Sächs. Weichb. 76. umme trancgelt. Lüb. R. (Hach II) 313. umme cost. Ueber den Beweis vgl. Stobbe Vertr. 98, Hänel Bew. 116.

113) Passau. R. §. 48. (Gengler St. R. 352): es sol in keinem lewthaus auf keinen schüler und auf dhaines burger kinde umb spil und trincken nyemant mer nicht porgen, nur als er vil an dem leib habe.

114) Hier und da ist dies Motiv ausdrücklich hervorgehoben; Erfurt. R. a. a. O. erwischit he en an fluchtigem fuze; Bodenwerder. R. a. a. O.: si hospite inscio et invito abire voluerit.

115) Singulär ist die Befugniß, auch Einheimische zu pfänden oder gar in ihr Haus zu gehn und dort die Pfändung vorzunehmen; Weisth. II. 411.

116) Osenbrüggen Strafrecht der Langob. S. 139. 142.

117) Liutpr. 134, 150.

Digitized by Google

in Beziehung auf Schulden die Rede ist [118]), handelt es sich um die Vornahme dieses Aktes durch den actor regis wegen öffentlicher Gelder. Aus der Bestimmung [119]):

Nulli leciat pro qualevit devitum *casa ordinata tributaria locum pigneris tollere,* nisi servus, ancillas, vaccas, pecoras

kann nicht geschlossen werden, daß die Pfändung anderer Immobilien als einer casa gestattet gewesen sei; vielmehr handelt es sich um eine Ausnahme von der Mobiliarpfändung, indem die Auffassung der Gebäude als beweglicher Sachen zum Grunde liegt [120]). Nach fränkischem und deutschem Reichsrechte versteht sich bei dem allgemeinen Verbote außergerichtlicher Pfändung die Unzulässigkeit einer eigenmächtigen Pfandnahme bei Grundstücken von selbst, und es kann nur die Frage entstehn, ob bei den ausnahmsweise gestatteten Privatpfändungen Grundstücke in Betracht kamen. Bei mehreren Arten derselben, namentlich der Viehpfändung und sog. Personalpfändung, ergiebt sich die verneinende Antwort aus den Voraussetzungen der Pfändungsbefugniß von selbst. Bei der vertragsmäßigen Gestattung der Pfändung erscheint es als gewöhnlich und daher von den Kontrahenten beim Gebrauche der Pfändungsklausel im Zweifel beabsichtigt, daß nur Mobilien des Schuldners angegriffen werden dürfen; die Vorschriften über das Verfahren nach vollzogener Pfändung, welche man in Landfriedensverträgen [121]), Reichsgesetzen [122]) und Schuldurkunden [123]) findet, unterstellen dies unverkennbar. Es bleibt

118) Liutpr. 139.

119) Roth. 252.

120) So auch Osenbrüggen a. a. O. 144.

121) Z. B. Landfr. 1389. §. 24. (R. S. der R. A. I. 94).

122) Z. B. R. A. 1442. §. 3. (R. S. der R. A. I. 171).

123) Z. B. Urk. 1315. (Heineccius Elem. I. 704): so möchte und solte der vorgen. J. meinen herrn den konig pfenden und die pfand treiben und führen in meines herrn hertzog B. vesten. Urk. 1412 (Kopp de jure pign. conv. p. 69) und mogen die phandunge thun mit gericht oder one gericht, wie in eben ist, ussgescheiden unser selbs leip und reisige hab. Urk. 1431 (ib. p. 51) so mochten se unss vorg. besserunge und andere unss farn habe anegreiffen und vorsetzen oder vorkauffen.

Digitized by Google

also nur in Betreff der Pfändung wegen Zinsen und Renten die Frage zu erörtern, ob auch das Grundstück dem eigenmächtigen Angriffe unterlag.

Was die Zinsleihe betrifft, so wird die Angreifung des Leihegutes durch den Gutsherrn wegen rückständigen Zinses bald als Einziehung des Gutes zur Strafe wegen Nichterfüllung des Leihevertrags, bald als eine Anwendung der Schuldbeitreibung aufgefaßt. Das Richtige dürfte sein, daß dem Gutsherrn beide Rechte zustanden, so daß er die Wahl hatte, sich des einen oder des andern zu bedienen. Voraussetzungen und Wirkungen beider Befugnisse waren verschieden, darin aber stimmten sie überein, daß ihre Geltendmachung nur im gerichtlichen Wege möglich war.

Das Privationsrecht (Abmeierungsrecht, Zugrecht) des Leiheherrn, welches ein Seitenstück im Lehnrechte findet, ist im Wesentlichen gleichförmig, wenn auch unter mancherlei Abweichungen im Einzelnen, in den verschiedensten Rechtsquellen, namentlich Hofrechten und Stadtrechten, anerkannt [124]). Das deutsche Recht, hierin folgerechter als das römische Recht, welches in willkürlicher Weise bei der Pacht zweijährige, bei der Emphyteuse bald zweijährige bald dreijährige Nichtentrichtung des Zinses als Erforderniß der Expulsion aufstellt, erachtet schon einmalige Nichtentrichtung des Zinses für hinreichend, um dem Leihemann das Gut zu vertheilen [125]). Gleichwohl verfährt das deutsche Recht insofern nachsichtig mit dem Schuldner, als das Gut nicht ohne Weiteres aberkannt wird, sondern erst dann, wenn er die ihm zur nachträglichen Erfüllung der Zinspflicht verstatteten Termine versäumt. Das zu diesem Zweck stattfindende Verfahren war

124) Besondere Beachtung verdient Keyser-R. II. 115, 117, 119.

125) Hier und da wird dreimalige Nichtentrichtung verlangt; entweder ausnahmsweise, falls dem Leihemann Entschuldigungsgründe zur Seite stehn, Oesn. zu Neukilch (Weisth. I. 293) wenn missgewachs oder ander geprest die burger angieng; oder schlechthin, nach Schweizerrechten bis zu dem dritten blumen, Wyß in Zeitschr. für schweiz. R. VII. 43. So auch einzelne Handschr. der Goslar. Stat. 24, 14, vgl. Göschen 232. N. 5. Verm. Sp. II. 4, 17.

Digitized by Google

gerichtlich. Der Leiheherr ließ zunächst das Gut eindingen [126]), verbieten [127]), sperren [128]), in clage legen [129]) oder fronen [130]), d. h. das Gericht untersagte auf seinen Antrag dem Zinsmann das Betreten desselben bis zur Entrichtung des Zinses bei Strafe [131]), was wahrscheinlich in denselben symbolischen Formen geschah, wie die Fronung bei der Schuldbeitreibung, gewöhnlich durch Aufstecken eines Strohwischs [132]). Hierauf hatte der Leiheherr in drei, gewöhnlich von vierzehn zu vierzehn Tagen angesetzten Terminen seiner Forderung nachzugehn, d. h. zu gewärtigen, ob der Zinsmann zahle oder Einreden vorbringe. War keines von beiden geschehen, so setzte das Gericht den Leiheherrn in das Gut ein, nach einigen Quellen zu sofortigem Nutzungsrechte, jedoch vorbehaltlich der Befugniß des Zinsmanns, binnen Jahr und Tag das Gut durch Abtragung seiner Schuld wieder an sich zu bringen, nach andern Quellen so, daß der Leiheherr erst nach Jahr und Tag das Nutzungsrecht erhielt, alsdann aber keine weitere Einlösungsbefugniß des Zinsmanns stattfand [133]), wovon einzelne Hofrechte eine Ausnahme bilden, indem sie die Einlösung ohne Zeitbeschränkung [134]) oder binnen hundert und einem

126) Keyser-R. II. 117. Das Gut ist dann in gedingze.

127) Weisth. I. 715, 744. Urk. 1320. bei Boehmer Cod. dipl. Moenofranc. p. 451.

128) Urk. 1413. bei Auer Münch. St. R. CXXXIII.

129) Weisth. II. 142, 170. Urk. 1367. bei Arnold Eigenth. S. 470. in clage und beschlosse.

130) Weisth. II. 462. in froene und herren handt.

131) Die Pfändung wegen der durch Uebertretung dieses gerichtlichen Verbots verwirkten Strafe war natürlich gerichtlich, Keyser-R. II. 119, Weisthum I. 715. §. 5, und ist mit der Pfändung wegen des Zinsrückstandes nicht zu verwechseln.

132) Daher stillen und wischen genannt. Weisth. II. 492.

133) Weisth. II. 144, 462. u. a. m. Ueber das Zugrecht in der Schweiz Heußler und Wyß in Zeitschr. für schweiz. R. VII. 43, 121; über das Abmeierungsrecht nach südwestdeutschen Weisthümern Zöpfl R. A. I. 135.

134) Weisth. II. 170. kombt der arm man und bringt haubtgut in einer hand und schaden in der andern hand, so soll er wieder zu den güttern gelassen werden. Weisth. II. 173, 449.

Digitized by Google

Jahr[135]) gestatten oder doch die Rückgabe des Gutes im Gnadenwege in Aussicht stellen[136]). Das durch das Eindingen vorläufig in Beschlag genommene Gut wurde nach Versäumung der drei Termine provisorisch, nach Ablauf von Jahr und Tag definitiv vertheilt. Es wurde mithin bei der Zinsleihe ebenso verfahren, wie bei dem Lehn[137]). Die erste Vertheilung bewirkte eine resolutiv bedingte, die zweite, definitive Vertheilung eine unbedingte Konsolidation[138]).

Das Privationsrecht hatte nicht den Zweck, dem Leiheherrn wegen seiner Forderung an rückständigem Zins Befriedigung zu verschaffen. Die Ausübung desselben war durch vorgängige Auspfändung des Zinsmanns nicht bedingt[139]); von einer Abschätzung des Leihegutes und Herausgabe der Hyperocha war keine Rede, und wenn der Leihezins ein volles Aequivalent für die Naturalnutzung enthielt, so verschaffte die Ausübung des Privationsrechtes dem Leiheherrn keinen Vortheil, welcher an Zahlungs Statt zum Abtrag des Zinsrückstandes dienen konnte. Es blieb daher dem Leiheherrn das Recht, sowohl dann, wenn er von dem Privationsrecht keinen Gebrauch machte, als wenn er das Gut einzog, den rückständigen Zins vom Zinsmann zu fordern. Für diesen haftete wie für andere Schulden das ganze Vermögen desselben. Es konnten daher, wenn der Leiheherr auf dem Gute pfändete, nicht blos die in der Leihe begriffenen, sondern auch sonstige Mobilien als Pfand genommen werden. Es konnten andere Grundstücke, als dasjenige, welches den Gegenstand der Leihe bildete, als Exekutionsobjekt angegriffen werden, nicht allein solche, welche

---

135) Weisth. II. 256.

136) Weisth. II. 142: Kompt der arm man und bringet den schaden in einer handt und hauptsach in der andern, so sollen die herren dem armen gnadt thun.

137) Homeyer Ssp. II. 2. S. 513, 591.

138) Heußler in Zeitschr. für schweiz. R. VII. 121. ist der Ansicht, daß die erste Einweisung noch keine Eigengewere gegeben habe, sondern der alten Satzung näher als der Eigenthumsübertragung verwandt gewesen sei.

139) Vgl. Göschen Goslar. Stat. S. 232.

Digitized by Google

der Zinsmann für die Abtragung des Zinses verpfändet hatte, was öfters geschah [140]), sondern auch andere [141]). Endlich aber konnte auch das Zinsgut selbst insoweit, als es zum Vermögen des Zinsmanns gehörte, nämlich die Besserung (Oberbesserung) als Exekutionsobjekt dienen. Daß der Leiheherr, wenn er nicht in der Leihe begriffene Immobilien wegen des Zinsrückstandes angreifen wollte, den gerichtlichen Weg einschlagen mußte, unterliegt keinem Zweifel. Aber dasselbe ist auch von dem Leiheobjekte anzunehmen. Der Leiheherr mußte hierbei als Gläubiger in den Formen des gewöhnlichen Exekutionsverfahrens vorschreiten.

Hamb. St. R. 1292. C. 27. Also (nämlich als wenn ein erve worde vorvolghet vor de sculde) sal it ok wesen umme tins, de vervolghet is in den erven [142]).

Freyberg. St. R. I. 20. (Schott III. 157). Welch man erbecins hat an eime huse, der mac phenden ane gerichte ... Vindet aber he da nicht zu pfendene, so sal he treten vor gerichte und sal sprechen also u. s. w. [143]).

Bamberg. St. R. §§. 292, 293. Unnd fund man auff der hoffstat nit pfanndt ... so soll man dem, dess der zins ist, das erb von rechts wegen antwortten zu pfanndt.

Frankf. Bac. jud. §§. 35, 36, vgl. mit §§. 69 ff.

140) Urk. 1289. (Baur Urk.-Buch des Klosters Arnsburg S. 151): Bei dem Empfang einer curia in E. zu Erbzinsrecht versprechen die Erbzinsleute: Nos .. pro ratificacione et cerciori solutione predicti census subpignoramus curiam nostram sitam in L. ... et si in solucione predicti census ſ. neglientes extitimus, seped. monasterii abbas et conventus ex tunc immediate cum ipsis placuerit recipiant anted. curiam ipsorum in E. ... et nichilominus accipient subpignora nostra ... Urk. 1289 bei Arnold Eigenth. S. 363, 1292 bei Baur a. a. O. S. 166, 1293 bei *Boehmer* Cod. dipl. Moenofranc. p. 279. u. a. m.

141) Urk. 1328 bei Arnold Eigenth. 441. Nachdem das zinstragende Haus abgebrannt ist, wird ein anderes gefront und für den Zinsrückstand verkauft.

142) Im St. R. 1270 fehlt dieser Satz noch. Ebenso fehlt bei Hach I. und II. die entsprechende Stelle des Lüb. R. Brokes II. 107, III. 141, Hach III. 255. N. 8: des sulven gliken isset ok umme wicbeldes rente.

143) Die darauf folgende Uebereignung an den Leiheherrn ist das gewöhnliche Verfahren bei der Immobiliarexekution; vgl. oben §. 2. N. 266.

Digitized by Google

Um die Behauptung zu rechtfertigen, daß der Leiheherr die Wahl hatte, des Expulsionsrechts oder des Distraktionsrechts sich zu bedienen, würde auch ohne besondere Quellenbelege die Verweisung auf die Natur des Leiheverhältnisses hinreichen. Es fehlt aber auch nicht an urkundlichen Beweisen dieses Wahlrechts. Das Hamburger Stadtrecht sagt vom ervetyns [144]):

Unde gift he ene denne nicht, so steit it an deme, des de tyns is, ofte he ene af dryven wille ofte so besitten laten und hat neben dem hiermit anerkannten Abmeierungsrechte auch das Distraktionsrecht geregelt [145]). Das Frankfurter Stadtrecht, welches, wie oben bemerkt, in dem sog. Baculus judicii das Distraktionsrecht beschreibt, kennt nach gleichzeitigen Urkunden [146]) auch das Abmeierungsrecht. Und im Hofrodel von Einsiedeln heißt es [147]):

§. 5. Welicher och den zins ... verseite, den ... mag eines herren amptmann pfennden oder das gut, daruff solich zins stundent, darumb angriffen, als lang, bis der zins betzalt wirt.

Ob beim Rentenkaufe dem Rentengläubiger wegen Nichtentrichtung der Rente das Privationsrecht oder nur das Recht der Zwangsbeitreibung des Rückstands zugestanden habe, ist eine Frage, welche sehr verschieden beantwortet wird. Entweder betrachtet man das Expulsionsrecht als das ältere, das Distraktionsrecht als das erst später entwickelte Rechtsmittel und erklärt den

144) Hamb. St. R. 1270. II. 3, 1292. D. 3.

145) Hamb. St. R. 1292. C. 27.

146) Urk. 1320 bei Boehmer Cod. dipl. Moenof. p. 451. Schultheiß und Schöffen zu Frankfurt antworten auf die Frage, wo Kläger des von A. in einem zu Erbleihe empfangenen Hause verfessenen Leihezinses warten sollen, die Antwort: sie solden iz uf dem selben huse warten. Darauf wird das Gut ‚verboten', nach Versäumung des angesetzten Termines durch A. die bezzerunge des huses seinen Erben zur Einlösung angeboten, und da diese nicht erfolgt: do holten die vorg. clegere ir hus uf mit urteil an gerichte und luhen iz H. ... zu rechteme erbe eweclich zu besitzene umb so getanen zins, als hernach geser. stet. Vgl. Frankf. Stat. 1352. c. 28. (Senkenberg Sel. I. 26).

147) Weisth. I. 152.

Digitized by Google

Uebergang von jenem zu diesem entweder daraus, daß der Rentenkauf anfangs der Zinsleihe nachgebildet, später aber in die neuere Satzung übergegangen sei[148]), oder daraus, daß es sich bei beiden Rechtsmitteln um eine konsequente Anwendung des Schuldverfahrens, anfangs in Form der Uebereignung, später in Form der Veräußerung des Grundstücks gehandelt habe[149]). Oder man findet in einem Theil der Rechtsquellen das eine, in andern das andere Mittel zugelassen[150]). Oder man leugnet, daß dem Rentenkäufer, abgesehn von vertragsmäßiger Einräumung, das Expulsionsrecht zugestanden habe[151]). Scheidet man die ältere Gestaltung des Rentenkaufs, in welcher er den Charakter der Zinsleihe hatte, vom Begriffe des Rentenkaufs aus[152]), so kann nur die letzte Ansicht als die richtige bezeichnet werden. Während die zum Beweise des Expulsionsrechtes angeführten Quellenaussprüche unbeweisend sind oder wenigstens keinen sichern Beweis erbringen, weil sie sowohl von Leihezinsen als von Kaufrenten verstanden werden können[153]), ist es aus innern Gründen durchaus unwahrscheinlich, daß dem Rentenkäufer dieses Recht zugestanden habe. Der Gedanke, daß bei Nichterfüllung des Vertrags von Seiten des Zins- und Rentenzahlers dem Zins- und Renteberechtigten nicht zugemuthet werden könne, das Rechtsverhältniß fortzusetzen, daher dasselbe rückgängig zu machen sei, führte bei der Leihe zur Einziehung des Leihegutes; bei dem Rentenkauf hätte er nur zur Rückforderung des Kapitals, womit die Rente gekauft war, führen können. Wie wäre es zu rechtfertigen gewesen, in einem Falle, wo das Grundstück gegen eine den Werth desselben

148) Albrecht Gew. S. 171, 177.

149) Duncker Reall. S. 72, 80. Göschen Goslar. Stat. S. 233, 414.

150) Stobbe in Zeitschr. f. D. R. XIX. 202. Bluntschli D. P. R. §. 97.

151) Auer Münch. St. R. CXLII. Mittermaier D. P. R. §. 283. Wyß in Zeitschr. f. schweiz. R. VIII. 16.

152) S. oben N. 78.

153) Insbesondere Hamb. St. R. 1270. II. 3, Lüb. St. R. 238. (Hach II), und Urk. bei Pauli Abh. II. 31. N. 38, welche von Hauszins, Erbezins, Weichbildzins reden, vgl. oben N. 72.

Digitized by Google

bei Weitem nicht erreichende Geldsumme mit einer unbedeutenden Rente belastet worden war, bei einer Säumigkeit des Rentenzahlers dem Rentenkäufer das ganze Grundstück zuzuerkennen und ihn hiermit zum Schaden des Erstern zu bereichern. Und zu welchem ungereimten Ergebniß würde bei Anwendung des Expulsionsrechtes der Satz geführt haben, daß bei einem Zusammentreffen mehrerer Rentengläubiger der jüngste gegen Uebernahme der ältern Renten das Grundstück zu behalten berechtigt sei; es würde dann der Ueberschuß des Werths des Grundstücks über den Kapitalwerth der Renten dem jüngsten, also schlechtesten Rentenrechte zu Gute gekommen sein. Es ist daher anzunehmen, daß dem Rentengläubiger das Expulsionsrecht nicht zustand, vielmehr nur das Recht, zur Beitreibung des Rentenrückstands in Ermangelung hinreichender pfandbarer Mobilien das rentenpflichtige Grundstück als Exekutionsobjekt im gewöhnlichen Exekutionsverfahren anzugreifen. Dies Verfahren führte nach denjenigen Rechten, welche den Zwangsverkauf bei der Immobiliarexekution nicht kennen, zur Uebereignung des pflichtigen Grundstücks an den Berechtigten[154]), wodurch das Rentenrecht desselben erlosch. Nach denjenigen Rechten dagegen, welche die Immobiliarexekution durch Verkauf vollziehen, kam es zum Verkaufe des Grundstücks[155]). Zwar erwähnen auch solche Rechte, welche zu der letztern Klasse gehören, die Uebereignung des pflichtigen Grundstücks an den Rentenempfänger, namentlich der Schwabenspiegel[156]) und das Magdeburger Schöffenrecht[157]). Aber sie beweisen nicht, daß demselben ein Expulsionsrecht zustand, denn sie unterstellen, daß der Zinsrückstand den Werth des pflichtigen Grundstücks erreicht habe, nehmen mithin einen Verkauf des letztern für den Betrag

154) Zum Belege dient Gosl. R. 21. Z. 5. (oben §. 2. N. 263). Das hier beschriebene Verfahren ist wegen 24. Z. 11. auch auf Kaufrenten zu beziehen.

155) Zum Belege dient das Magd. Recht. Syst. Schöff. R. III. 2, 105, Kulm III. 138.

156) Schwsp. 84.

157) Magd. Fr. II. 1, 6.

des Rentenrückstands an; überdies handeln sie vom Leihezins [158]). Wurde nun das rentenpflichtige Grundstück im gewöhnlichen Exekutionsverfahren angegriffen, so versteht es sich von selbst, daß dies nur im Rechtswege, nicht durch Selbsthülfe geschehen konnte.

Giebt man die Vorstellung auf, daß ein uraltes allgemeines Pfändungsrecht des Gläubigers den gemeinsamen geschichtlichen Hintergrund für die einzelnen Arten der Privatpfändung bilde, und erblickt man in letzteren vereinzelte, aus verschiedenen Gründen zugelassene und unter einander in keinem Zusammenhange stehende Fälle von Selbsthülfe, so kann auch das materielle Rechtsverhältniß, welches durch die Pfändung entstand, nur für jede einzelne Art besonders festgestellt werden.

Besonders ausgebildet erscheint dies Rechtsverhältniß bei der Schuldbeitreibung durch Privatpfändung im langobardischen Rechte. Was den Einfluß derselben auf das Schuldverhältniß betrifft, so erscheint die Pfändung hier ursprünglich als ein indirektes Zwangsmittel, um den Schuldner zur Zahlung anzuhalten. Führte die erste Pfändung die Zahlung nicht herbei, so konnte zum zweiten und dritten Male gepfändet werden [159]). Ueberdies konnte der Gläubiger die Forderung mit Hülfe des Gerichts einziehen, wenn die Pfändung die Zahlung nicht herbeiführte [160]). Die Jurisprudenz veränderte den Charakter der Pfändung; sie machte daraus ein direktes Mittel zur Befriedigung des Gläubigers, indem sie dem Schuldner, wenn der Werth des Pfandes der Forderung gleichkam, eine Einrede gewährte, welche Albertus exceptio doli nennt [161]). Was sodann das Recht des Pfandnehmers an der gepfändeten Sache betrifft, so hatte er dieselbe zwanzig oder

158) Vgl. die Worte uff den tag, als ym bescheiden wirt, so man ym das gut *liet*.

159) Liutpr. 108: super habeat licentiam repignerare usque in secundam vicem.

160) Liutpr. 108: insuper potestatem habeat qui pigneravit causam suam per legem agere et procurare.

161) Aripr. p. 118. Albert. p. 119.

Digitized by Google

vierzig Tage lang, je nach der Entfernung der Wohnorte des Gläubigers und Schuldners, aufzubewahren, ohne ſie benutzen zu dürfen; während dieſer Zeit trug der Pfandnehmer die Gefahr ſowohl des zufälligen Untergangs des Pfandes als des von demſelben geſtifteten Schadens[162]). Nach Ablauf dieſer Friſt hatte der Pfandnehmer die Sache ferner dreißig oder ſechszig Tage aufzubewahren, war aber in dieſem Zeitraum dieſelbe zu benutzen berechtigt und haftete nicht mehr für die Gefahr zufälligen Untergangs oder für den vom gepfändeten Thier oder Unfreien geſtifteten Schaden[163]). War das Pfand auch in dieſer zweiten Friſt nicht eingelöſt, ſo ging es dem Schuldner verloren; es verfiel zur Strafe der Nichtzahlung der Schuld dem Gläubiger[164]). Dies Verfahren erinnert an das oben beſchriebene Inſatz- oder Anleiteverfahren; nach Ablauf der erſten Friſt iſt das Pfand vorläufig verwirkt, durch Ablauf der zweiten Friſt wird die Verwirkung deſſelben unbedingt. Der Pfandnehmer hatte in dem erſten Zeitraum nur den Beſitz, in dem zweiten Zeitraum reſolutiv bedingtes Eigenthum, nach Ablauf deſſelben reines Eigenthum.

Von denjenigen Volksrechten, welche zur Beitreibung von Schulden die Privatpfändung per jussionem judicis zulaſſen, giebt das bayriſche keinen Aufſchluß über das dabei zu beobachtende Verfahren und das nach der Pfändung eintretende Rechtsverhältniß. Man darf annehmen, daß das bayriſche Recht ähnliche Regeln befolgt, wie das burgundiſche Recht, welches ebenfalls die Privatpfändung nur mit richterlicher Geſtattung zuläßt. Nach burgundiſchem Rechte aber hatte der Pfandnehmer die gepfändete Sache drei Monate aufzubewahren; wurde ſie während dieſer Friſt nicht durch Zahlung der Schuld eingelöſt, ſo verfiel ſie dem Gläubiger[165]). Ungewiß iſt es, ob die Pfändung hier als

162) Roth. 252. Die Liutpr. 108, 109. erwähnte Friſt von duo dicem Tagen bezeichnet wohl zweimal zehn Tage.

163) Liutpr. 108, 109.

164) Liutpr. 108. devitor ... amittat ipsa pignera et non habeat facundiam requirendum.

165) L. Burg. Gundeb. XIX, 6. (Legg. III. 541). Modus vero pignerum hic erit, ut tertiam partem fidejussor amplius tollat, quam

Digitized by Google

indirektes Zwangsmittel wie im langobardischen Rechte angewendet wird. Was aber das Verhältniß des Pfandnehmers zum Pfande betrifft, so erlangt derselbe zunächst nur den Besitz, nach drei Monaten das Eigenthum des Pfandes. Es treten also ähnliche Wirkungen ein, wie nach langobardischem Rechte, nur daß die drei Abschnitte des Verfahrens, welche hier unterschieden werden, dort in zwei zusammengezogen und die Fristen anders bestimmt sind.

Was endlich diejenigen Rechte betrifft, welche die Privatpfändung im Allgemeinen verbieten und nur in gewissen Fällen ausnahmsweise zulassen, so haben die Befugnisse, welche dem Pfandnehmer an der gepfändeten Sache zustehen, nicht in allen diesen Ausnahmefällen gleichen Umfang. Sie haben einen geringern Umfang bei der Thier- und Personalpfändung wegen Schadensstiftung, als bei den übrigen Arten zulässiger Privatpfändung. Ein Distraktionsrecht des Pfandnehmers findet sich nur bei letzteren anerkannt.

1) Die Thierpfändung hatte zunächst den Zweck festzustellen, wessen das Thier sei, welches den Schaden gestiftet hat; in zweiter Linie stand der Zweck, das Thier selbst statt Schadensersatzes zu behalten, wenn der Eigenthümer desselben nicht zu ermitteln ist oder wenn er das Thier preisgiebt, um der Verbindlichkeit zum Schadensersatze zu entgehen. Zur Erreichung beider Zwecke genügt der bloße Besitz des Thiers. Der weitere Zweck, das Thier zur Befriedigung des Pfandnehmers wegen der ihm gegen den Eigenthümer desselben zustehenden Entschädigungsforderung zu verwenden, tritt in den Volksrechten noch gar nicht hervor; in den Rechtsbüchern ist dem Pfandnehmer zu diesem Zwecke kein anderes Mittel eingeräumt als das Retentionsrecht.

Während die Lex Saxonum und die Lex Angliorum et Werinorum die Thierpfändung nicht erwähnen, das ripuarfränkische und friesische Volksrecht dieselbe zwar erwähnen, aber über

summa debiti est, et denunciet coram testibus debitori. Quod si intra 3 menses soluto debito pignera sua non receperit, postmodum ea requirendi pontificium non habebit.

Digitized by Google

die Rechte des Pfandnehmers am Pfande schweigen, stellen die übrigen Volksrechte hinsichtlich der Befugnisse und Pflichten des Pfandnehmers Regeln auf, welche wenigstens in den Grundzügen übereinstimmen[166]). Der Pfandnehmer darf das gepfändete Thier mit sich führen und in sein Gewahrsam nehmen. Er hat hierauf den Eigenthümer desselben von dem Geschehenen zu benachrichtigen. Sodann erfolgt die Besichtigung und Abschätzung des Schadens, in Gegenwart des Eigenthümers des Thiers oder, wenn derselbe ausbleibt, einiger Nachbarn als Zeugen. Nach der Abschätzung des Schadens ist das Thier dem Eigenthümer zurückzugeben.

L. Sal IX, 10[167]). Si vero pecora de damno in clausura fuerint, ille (l. illi) cujus pecora sunt *damno estimato reddat.*

L. Burg. Gundeb. XLIX, 2. Si ille, ad quem animalia pertinebunt, admonitus fuerit, ut ea, sicut ordo postulat, *taxata prius damni inlatione recipiat* ....

Wenn der Schaden nicht sogleich abgeschätzt, sondern zunächst blos die beschädigte Stelle des Grundstücks abgemessen und bezeichnet, zur Zeit der Ernte aber durch eine abermalige Besichtigung der Unterschied des Fruchtertrags auf dem beschädigten und dem unverletzten Theile des Grundstücks ermittelt wird, so soll das gepfändete Thier sogleich nach der Abmessung der beschädigten Fläche zurückgegeben werden.

L. Wisig. VIII. 3, 13[168]). Pecora, postquam ipsorum locorum spatia mensuraverint, *domino reformentur.*

Daß der Pfandnehmer das Thier zurückbehalten dürfe, bis seine Forderung berichtigt oder doch genügende Sicherheit deßhalb gestellt werde[169]), oder daß ihm die Befugniß zustehe, das Thier zu verkaufen und sich aus dem Erlöse bezahlt zu machen, ist aus

166) Außer den in N. 27. angeff. Stellen kommen in Betracht: L. Burg. Gundeb. XLIX; L. Wisig, VIII. 3, 13. 15; Ed. Roth. 346; Liutpr. 86.

167) In einigen Hdschr., Waitz 224.

168) S. auch L. Bajuw. XIV. 17. (Legg. III. 318).

169) Wie im nordischen Rechte, Wilda a. a. O. S. 230, 313.

Digitized by Google

den Volksrechten nicht ersichtlich; nur das langobardische Recht macht die Verbindlichkeit des Pfandnehmers zur Rückgabe des Thiers an den Gepfändeten davon abhängig, daß dieser jenem durch Pfänder oder Bürgen wegen des Schadensersatzes Sicherheit leistet[170]). Indem die Volksrechte den Pfandnehmer für verpflichtet erklären, das Thier dem Eigenthümer zurückzugeben, unterstellen sie offenbar, daß Letzterer die Rückgabe verlangt, also anerkennt, daß er der Eigenthümer des gepfändeten Thiers und zum Ersatze des durch letzteres gestifteten Schadens verbunden sei. Diese Voraussetzung fehlt, wo der Eigenthümer nach empfangener Nachricht von der Pfändung nichts thut, um das gepfändete Thier wieder in seinen Besitz zu bringen, oder wo der Eigenthümer desselben unbekannt ist. In beiden Fällen hört die Verpflichtung des Pfandnehmers, das Thier zu verwahren, mit Ablauf einer gewissen Frist, von drei oder neun Tagen, auf; er darf das Thier alsdann freilassen.

L. Wisig. VIII. 3, 15. Si ille, cujus pecora sunt, ad aestimationem dampni aut pecora recipienda non venerit, adaquentur tantummodo ac triduo teneantur inclusa. *Post triduum autem animalia dimittantur.*

L. Burg. Gundeb. XLIX, 3. Si dominus eorum non venerit tertio die, eos presentibus testibus *extra fines suos expellat*[171]).

Ed. Roth. 346. Si ille, cujus peculius est, tenens duritiam cordis eum liberare dispexerit, tunc habeat eum ille, qui in damnum invenit, novem noctis, tantum aqua ei dit, *et de damnum in hoc sibi sit contemptus*, eo quod novem noctis ipsum peculium tenuit.

Will aber der Pfandnehmer das Thier nicht laufen lassen, so ist es im ersteren Falle ihm unbenommen, dasselbe dem Eigenthümer anzubieten und, wenn dieser es preisgiebt, sich das Thier anzu-

170) Ed. Roth. 346.

171) Wilda a. a. O. S. 239. faßt dies als Pflicht auf. Daß nur eine Erlaubniß gemeint ist, erhellt aus dem Zusammenhange mit §. 4, welcher eine ältere Anordnung, daß herrenlose Pferde an die pueri regis abgeliefert werden sollen, außer Kraft setzt.

Digitized by Google

eignen, wobei in Betreff der Frage, ob der Eigenthümer hiermit von der Verbindlichkeit zum Schadenersatze befreit sei, die oben erwähnte Verschiedenheit der Volksrechte sich geltend macht [172]). Im zweiten Falle, wenn der Eigenthümer des Thiers nicht bekannt ist, kann der Pfandnehmer das gepfändete Thier behalten und wie sein eignes Vieh benutzen, wenn auf eine mehrmalige öffentliche Bekanntmachung der Eigenthümer sich nicht meldet [173]). Abgesehn von diesem Falle und von der Aneignung des vom Eigenthümer preisgegebenen Thieres hatte der Pfandnehmer nach den Volksrechten kein anderes Recht an dem gepfändeten Thiere, als das Recht des Besitzes in den angegebenen Grenzen. Mit diesem Rechte war die Pflicht der Verwahrung verbunden; Futter brauchte der Pfandnehmer dem Thiere nicht zu geben, nur Wasser. Als eine weitere Pflicht desselben wird es gewöhnlich bezeichnet [174]), daß er für den Zufall einzustehen habe, sowohl für Tod oder Beschädigungen, welche das Thier treffen, als für den Schaden, welchen dasselbe anrichtet. Zum Beweise sollen folgende Stellen dienen:

L. Alam. Hlothar. II. 89. §. 1. Si quis pignus tulerit contra legem aut servum aut equum, postquam illum in domum suam duxerit et ille servus ibi hominem occiderit aut ille equus aliquid damnum fecerit, ille damnus ad illum pertineat, qui illus pignus contra legem tulit, non ad dominum, cujus pignus fuit. §. 2. Si autem dominus voluntarie pignus dederit .... dominus ejus, qui dedit pignus, damnum quod factum est, similem restituat.

L. Fris. Add. Sap. VIII. §. 1. Si quis in pignus susceperit aut servum aut equum et ille servus aliquod damnum fecerit, ad illum pertineat, cujus servus est, non ad illum, qui eum in pignus suscepit. §. 2. Si vero quislibet servum alterius per vim sustulit pignoris nomine .... ille qui eum sustulit pro damni qualitate mulctam cogatur exsolvere.

172) Vgl. oben N. 30.

173) Ed. Roth 343.

174) Wilda a. a. O. S. 236, 318. und Strafrecht 556. Förster Zeitschr. f. D. R. IX. 108. Stobbe Vertr. 263.

Digitized by Google

Die erstere Stelle handelt im §. 1, die letztere im §. 2 von der Pfändung, welcher im §. 2 der erstern, im §. 1 der letztern Stelle die Pfandsetzung entgegengestellt wird. Von der Pfändung aber ist nicht im Allgemeinen die Rede, sondern nur von einer contra legem, per vim vorgenommenen Pfändung. Hierunter ist die unerlaubte eigenmächtige Pfändung zu verstehen. Da sowohl die Lex Alamannorum Hloth. als die Additio zur Lex Frisionum unter fränkischem Einfluß entstanden ist, so darf man die Worte contra legem auf das fränkische Reichsrecht beziehen. Bei einer unerlaubten Pfändung wird die Haftung des Pfandnehmers für den Zufall deßhalb angenommen, weil er auf unrechtmäßige Weise in den Besitz des Thiers gekommen ist. Es ist unzulässig hieraus zu schließen, daß auch bei der erlaubten Pfändung die Gefahr des Zufalls den Pfandnehmer getroffen habe. Zum Beweise dieses Satzes beruft man sich ferner auf eine Stelle des langobardischen Rechts[176]). Diese Stelle bürdet allerdings dem Pfandnehmer für eine gewisse Frist nach der Pfändung die Gefahr des Zufalls auf; sie bezieht sich aber auf die dem langobardischen Recht eigenthümliche Schuldbeitreibung durch Privatpfändung, und es ist bedenklich, aus einem Rechtssatze, welcher für dies singuläre Institut durch die langobardische Gesetzgebung aufgestellt ist, auf ein allgemeines germanisches Gewohnheitsrecht zu schließen. Dieser Schluß erscheint um so bedenklicher, da das langobardische Recht selbst bei der Thierpfändung wegen Schadensstiftung den Pfandnehmer, wie es scheint, für den Zufall nicht haften läßt[177]). Daß der Pfandnehmer die Gefahr im Allgemeinen nicht trug, beweist das burgundische Recht[178]), welches denselben von jeder Verantwortlichkeit freispricht, wenn das Thier durch Zufall untergeht oder verschlechtert

176) Ed. Roth. 252. Vgl. oben N. 162.

177) Ed. Roth. 346: Et si ex ipsum (in Folge der neuntägigen Aufbewahrung ohne Fütterung) peculium aliquid mortuum fuerit, neglegentiae suae repotit, qui dispignerare neglexit. Ueber die von Manchen hierher gezogene Stelle Ed. Roth. 339. vgl. unten §. 6.

178) L. Burg. Gundeb. XLIX. 1, 2. (Legg. III. 553).

Digitized by Google

wird, nachdem der Eigenthümer desselben von der Pfändung benachrichtigt ist; wogegen der Pfandnehmer den Schaden zu tragen hat, wenn er diese Benachrichtigung unterließ, und der Schaden zur Hälfte zwischen ihm und dem Eigenthümer getheilt werden soll, wenn der Zufall eingetreten ist, bevor die Nachricht von der Pfändung an den Eigenthümer gelangen konnte[179]). Dieser Entscheidung liegt wohl folgender Gedankengang zum Grunde: Trifft das Thier ein Zufall, welcher dasselbe auch dann betroffen hätte, wenn es nicht gepfändet worden wäre, so hat der Eigenthümer den Schaden zu tragen. Trifft dasselbe ein Zufall, dem es durch die Pfändung ausgesetzt worden ist, z. B. wenn das Haus des Pfandnehmers in Brand geräth, so hat der Eigenthümer den Schaden zu tragen, weil er unterlassen hat, das Thier wieder in sein Gewahrsam zu bringen. Konnte aber der Eigenthümer dies nicht thun, weil er von der Pfändung keine Kenntniß hatte, so trägt der Pfandnehmer den Schaden, nicht als ob er für den Zufall haftete, sondern wegen schuldhafter Versäumung der Pflicht, den Eigenthümer von der Pfändung zu benachrichtigen. Ist der Pfandnehmer in dieser Hinsicht ohne Schuld, indem der Zufall eintrat, ehe die Nachricht den Eigenthümer erreichen konnte, so wird der Schaden, da beide Theile ohne Schuld sind, aus Billigkeit zwischen dem Eigenthümer und Pfandnehmer getheilt. Faßt man die verschiedenen Aussprüche der Volksrechte zusammen, so ergiebt sich das Resultat, daß der Pfandnehmer die Gefahr des Zufalls nicht trug, außer wenn die Pfändung rechtswidrig war oder der Pfandnehmer die ihm nach der Pfändung obliegende Pflicht der Benachrichtigung des Eigenthümers versäumte oder eine gesetzliche Bestimmung die Gefahr dem Pfandnehmer ausnahmsweise aufbürdete.

In den Rechtsbüchern des spätern Mittelalters erscheinen die Regeln der Volksrechte über das durch Thierpfändung entstehende

179) Hiermit stimmt L. Wisig. VIII. 3, 13. überein, wornach der Schaden zur Hälfte getheilt wird, si pecora per casum, non culpa, *dum expelluntur* debilitentur aut pereant aut in sudes sive in palos dum expelluntur inciderint.

Digitized by Google

Rechtsverhältniß einigermaßen verändert. Auch jetzt noch gilt es als Regel, daß der Pfandnehmer das gepfändete Thier mit sich führen und in sein Gewahrsam bringen darf. Die Vorschrift des Schwabenspiegels[180]), das Thier sei in gerichtliches Gewahrsam und nur wenn dies nicht ausführbar sei in des Pfandnehmers Gewahrsam zu bringen und in letzterm Falle dem Gerichte wenigstens Anzeige zu machen, kann als gemeinrechtlich nicht betrachtet werden. Es ist dies um so weniger zulässig, da der Ausspruch des Schwabenspiegels nicht einmal in den ihm verwandten Rechtsquellen unverändert wiedergegeben ist[181]). Nach gemeinem Rechte darf der Pfandnehmer das Vieh eintreiben; ist dies nicht ausführbar, so gilt die Pfändung als vollzogen, wenn er dem Thier in des Eigenthümers Wohnung folgt und letzterem den von demselben gestifteten Schaden anzeigt[182]). Die Pflicht der Anzeige der Pfändung an den Eigenthümer und die sofort nach der Pfändung unter Zuziehung von Nachbarn vorzunehmende Besichtigung und Schätzung des Schadens findet sich in den Rechtsbüchern wie in den Volksrechten[183]). Eine Milderung der grausamen alten Sitte tritt darin hervor, daß die Pflicht, das gepfändete Vieh aufzubewahren, nun auch die Pflicht einschließt, für Fütterung und Stallung zu sorgen, vorbehaltlich des Anspruchs auf Ersatz der Fütterungskosten durch den Eigenthümer des Thiers[184]). Daß dem Pfandnehmer das Recht zusteht, das gepfändete Thier zurückzubehalten, bis er wegen des Schadensersatzes, der Buße (Einung) und der Fütterungskosten befriedigt ist[185]), unterliegt nach den Rechtsbüchern keinem Zweifel mehr;

180) Schwsp. 212. Uebergegangen in Kulm. V. 26.

181) Rupr. 140. er mag auch wol pfenten an des richter urlaub und sol es treiben in des richters gewalt, *oder er mag es behaltenn und sol ims künden.* Augsb. R. 1276. (Freyberg 107) so sol er ez hin *heimtriben* ane des richters boten. Bamb. R. §. 126. und mag daz phant heimtragen oder daz vihe eintun.

182) Ssp. II. 47. §. 2. §. 3. Verm. Ssp. II. 10, 4.

183) Außer den in voriger Note angeff. Stellen vgl. Gosl. Stat. 43, 6; Verm. Ssp. II. 8, 2; Lüb. R. (Hach II) 158. Note; Weisth. III. 46. §. 45, 68.

184) Goslar. Stat. 43, 10; 68, 26. Verm. Ssp. II. 8, 3.

185) Ssp. II. 47. §. 2. Richtst. Ldr. 42. §. 6. Gosl. Stat. u. Verm. Ssp. a. a. O.

Digitized by Google

vielleicht hat das Retentionsrecht zuerst wegen der Fütterungskosten sich entwickelt. Kraft dieses Rechtes bewirkte nunmehr die Pfändung die Sicherstellung der Forderung des Pfandnehmers gleich einem Arreste. Daß er befugt gewesen wäre, seine Befriedigung eigenmächtig durch Veräußerung des gepfändeten Thieres herbeizuführen, kann auch nach den Rechtsbüchern nicht behauptet werden. Außergerichtliche Erledigung der Pfändungssachen und Entscheidung des Streits durch Schiedsspruch der Nachbarn wurde zwar angestrebt [186]), und konnte entweder durch gütliche Befriedigung des Pfandnehmers gegen Rückgabe des Thiers oder durch Preisgebung des Thiers anstatt Schadensersatzes [187]) herbeigeführt werden; wenn aber die gütliche Beilegung der Sache nicht gelang, so durfte der Pfandnehmer nicht weiter eigenmächtig mit dem Pfande verfahren, sondern mußte den Rechtsweg gegen den Eigenthümer desselben betreten [188]). Wenn die Rechtsbücher dies nicht ausdrücklich hervorheben, so gehen sie doch offenbar von dieser Ansicht aus, indem sie Rechtssätze über den Beweis für den Fall aufstellen, daß der Eigenthümer des Thiers den Schaden bestreitet [189]). Kommt es darauf zur Distraktion des gepfändeten Thiers, so erfolgt dieselbe nach den im Exekutionsverfahren geltenden Regeln [190]). Der Pfandnehmer darf daher

186) Billwärd. R. 41, 42: Weret sake, dat enes mannes quick deme anderen schaden dede an koerne ofte an vrettinghe, des scholen se bliven by oren naberen, boven unde nedden, wes de ene deme anderen darumme doen schal. Konen se dar nicht eens ane wesen, so schal des landes voged eyn overman dar to wesen.

187) Goſl. Stat. 43, 3. Verm. Sſp. II. 8, 1: vorczuth (her) sich des vihes, so en darf her nymande dorumb antworten; dornoch underwinde sich jhener des vihes vor sinen schaden, ab her wulle.

188) Bamberg. R. §. 126: er mag ez (daz phant) selber an dem gerichte aufbyeten und mit dem rehten darnach varen. Weisth. II. 46. §. 45, 69: und die dat pfand heft, soll dat am negsten gericht bringen und verkopen dat als de schade wert ist.

189) Sſp. II. 47. §. 2. §. 3. Schwſp. 212. Rupr. 140. Goslar. Stat. 43, 8; 68, 32. Verm. Sſp. II. 8, 2. Bayr. L. R. 67, 68, 69. Münch. St. R. 68, 70, 392. Wilda a. a. O. 312.

190) So auch Göſchen Goſl. Stat. 416, Trummer Vortr. II. 130. Es iſt daher Wilda a. a. O. S. 318. nicht beizuſtimmen, daß der Verkauf

Digitized by Google

erſt dann verſetzen oder verkaufen, wenn ihm das Pfand vom Gerichte geweldigt worden iſt. Einzelne Rechte geſtatten die eigenmächtige Veräußerung des gepfändeten Thiers wenigſtens dann, wenn der Eigenthümer deſſelben unbekannt, daher die Beſchreitung des Rechtswegs gegen ihn nicht möglich iſt; z. B. das Frankfurter Recht[191]):

> Wo wir vehe oder swine funden uff unserm schaden, das vehe und die swin mag der indryben, dem der schade is geschehen, und sal es dem virkunden mit eyme richter, ob he es weiz, des das vehe oder swin sint; der sal dem, dem der schade ist geschehen, sinen schaden und kost geldin und die eynunge darzu richten. Wuste he abir nicht, wes das vehe were, so sal he es dry suntage dun kunden ubir den lettir zu der parre. Komet dan nyman, der sich des vehes annymt, so mag he es virkouffin mit kundschaft ane geverde. So sal (he) zu vornt abe nemen sine kost, schaden und eynunge, und sal das uberige geld an den bu gebin zu der parre, uff das ob ymand darnach queme, des es were, das he es da funde.

Aber auch in dieſem Falle erſcheint die Befugniß zur eigenmächtigen Veräußerung des Pfandes nicht als gemeinrechtlich. Vielmehr ſind gepfändete Thiere, deren Eigenthümer unbekannt iſt, gleich gefundenen Sachen; es ſind daher die Anſprüche des Pfandnehmers gegen denjenigen geltend zu machen, dem der Fund zufällt.

Der Pfandnehmer erlangte demnach in der Periode der Rechtsbücher durch die Pfändung mit der thatſächlichen Innehabung des gepfändeten Thiers das Recht, dieſelbe bis zu ſeiner Befriedigung fortzuſetzen. Er erlangte dagegen kein weiteres Recht an dem Pfande, weder Nutzungs- und Gebrauchs- noch Veräußerungsrecht, auch nicht das Recht, das aus ſeinem Ge-

außergerichtlich gepfändeter Sachen in der Weiſe ſtattfinden müſſe, wie es bei geſetzten Pfändern Rechtens ſei.

191) Nach einer Aufzeichnung des Gewohnheitsrechts vom Jahre 1355 bei Boehmer Cod. dipl. Moenofr. I. 649.

Digitized by Google

wahrſam entkommene Thier von dem Beſitzer zurückzufordern [192]). Er erwarb die (juriſtiſche) Gewere des Pfandes erſt durch die Gewaltigung. Bis dahin verblieb dieſelbe dem Eigenthümer, dem das Recht nicht abzuſprechen iſt, das gepfändete Thier, wenn es aus dem Gewahrſam des Pfandnehmers entkommt, von dem dritten Beſitzer als ſein Eigenthum abzufordern. Der Pfandnehmer haftete dem Eigenthümer für jeden durch ſein Verſchulden verurſachten Schaden. Daß er aber auch für den Zufall einzuſtehen habe, kann aus den Rechtsbüchern nicht erwieſen werden. Das Gegentheil ſprechen die Goslarſchen Statuten aus [193]):

> Det en en recht pant, of dat dar binnen sterft oft it ve is, *des blift he ane scaden, de dat heft ghepandet;* efte he dar sin recht to do, dat ime van siner weghene nicht arghes gheschen ne si unde he dat in plaghe gehalden hebbe alse it billich si.... Ne dede he das nicht, wat sich denne dat ergherde, den scaden möste he irlegken alse recht is.

Nur dann trug der Pfandnehmer die Gefahr des Zufalls, wenn die Pfändung rechtswidrig war [194]).

Was bisher von der Thierpfändung geſagt iſt, leidet auch auf die Perſonalpfändung wegen Schadensſtiftung Anwendung. Wurde dieſelbe deßhalb von dem Pfandnehmer vorgenommen: durch dat he rechtes mede bekame [195]), alſo zur Vorbereitung des gerichtlichen Verfahrens gegen den Urheber des Schadens, ſo kann bei dieſer Art von Pfändung noch weniger als bei der Thierpfändung davon die Rede ſein, daß es dem Pfandnehmer zuſtehe, ſich eigenmächtig aus dem genommenen Pfande zu befriedigen [196]).

2) Bei den übrigen Arten erlaubter Privatpfändung beſteht

192) So auch Wilda a. a. O. 315.

193) 68, 22; auch 43, 11.

194) Schwſp. 327. Unde ist daz ein man phendet *wider reht*, ez si roz oder vihe, unde tribet daz heim in sin hus, und daz roz oder daz vihe sleht ein ander vihe zu tode oder swelhen schaden ez tut, die wile ez in siner gewalt ist: daz muz er gelten.

195) Vgl. oben N. 51.

196) Vgl. z. B. Bamberg. R. §. 126.

Digitized by Google

der einzige Zweck der Pfandnahme darin, die Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen. Daher ist das Distraktionsrecht des Pfandnehmers bei diesen Pfändungen von jeher anerkannt. Dieselben Gründe, welche den Gläubiger berechtigen, ohne Mitwirkung des Gerichts die Pfändung vorzunehmen, rechtfertigen auch die Veräußerung des genommenen Pfandes durch den Pfandnehmer ohne Ermächtigung oder sonstige Mitwirkung des Gerichtes. Der Pfandnehmer darf aber bei der Veräußerung des Pfandes nicht willkürlich verfahren; er hat mit dem Pfande pfentlich, als phandes recht ist, zu verfahren [197]). Die Rechtsregeln über das Verfahren nach der Pfändung sind aber bei den einzelnen Arten derselben verschieden.

Bei der Pfändung wegen Leihezinses wurde in ähnlicher Weise verfahren, wie bei der obrigkeitlichen Pfändung ohne Prozeß (vgl. §. 4). Es entspricht dies der Natur des Pfändungsrechts, indem das Hintersassenverhältniß, welches durch die Leihe von Grundstücken entstand, sich an die persönlichen Subjektionsverhältnisse anreihte und ähnliche Zwangsbefugnisse begründete, wie diese. Die Abhängigkeit des Leihemanns vom Grundherrn, welche den Grund abgab, daß jener die Pfändung dulden mußte, hatte auch die weitere Folge, daß der Leihemann die Veräußerung des genommenen Pfandes durch den Grundherrn ohne Einmischung des Gerichts nicht hindern konnte. Es bedurfte weder eines Aufbietens des Pfandes vor Gericht [198]), noch einer Gewaltigung [199]). Der Zinsherr hatte das Pfand dem Leihemann zur Einlösung anzubieten und bis zum Ablauf der hierbei üblichen oder festgesetzten Frist aufzubewahren; sodann durfte er dasselbe versetzen [200])

197) Vgl. Note 90, 91, 93a, 94. Landfr. 1410, 1434 (Datt p. 83. p. 93).

198) Freyberg. R. I. 20 (Schott III. 157) welch man erbezins hat an einem huse, der mac phenden ane gerichte, und diwile he da zu phendene vindet, so mac he iz nicht ufgebiten zu rechte.

199) Verm. Sfp. III. 14, 7 ... so phent he selber wol vor sinen zcins; daz pfant mac er yeme selber anbiten und mac ez vorkummern ane gericht, so das er in hen nach wise.

200) Verm. Sfp. III. 14, 7. vorkummern.

Digitized by Google

oder verkaufen[201]), wobei so verfahren wurde, wie bei der obrigkeitlichen Pfändung. Uebrigens unterliegt es keinem Zweifel, daß die Gewohnheitsrechte bezüglich des Verfahrens nach der Pfändung wegen Zinses im Einzelnen nicht übereinstimmten. Insbesondere kommt es auch vor, daß der Zinsherr sich an das Gericht wenden muß, wenn er das Pfand veräußern will. Nach Bamberger Recht z. B. hat der Zinsherr die Forderung und Pfändung vor Gericht zu verlautbaren (lautmern), worauf das Gericht dem Zinspflichtigen eine kurze Einlösungsfrist setzt und nach deren Ablauf dem Zinsherrn gestattet, das Pfand durch Versatz oder Verkauf zu versilbern[202]).

Bei der Konventionalpfändung war mit dem Pfande so zu verfahren, wie es die Vertragschließenden bei Gestattung der Pfändung bedungen hatten; nicht selten enthalten die Vertragsurkunden hierüber Bestimmungen[203]). War aber darüber nichts

201) Urk. 1447. (Rost. Wöch. Nachr. 1827. S. 168) über den Verkauf von 9 Mark Lüb. Zugeldes in und uthe den hoven in dem dorpe R.: und were es dat noth, so mögen se desse 9 mark ingeldes panden edder panden laten, so vacken en des noth yss, und de pande voren offte drieven tho Güstrow in, und de pande vorkopen to dem sticken alse sticken recht ys; vgl. oben §. 2. N. 209a.

202) Bamb. R. §. 291: so mag der, des der zinns ist, die pfandt verkumern und versetzen zu cristen unnd zu juden mit gewissen; und we sie hingesetzt werden, da sol sie der losen, des die pfanndt sein, umb haubgut unnd umb scheden.

203) Z. B. Urk. 1322 (Kopp de jure pign. conv. p. 10): si pignora hujusmodi infra 8 dies, per quos debent in dicta villa eadem pignora remanere, non redimerentur ...., ex tunc .. posset eadem pignora extra eandem villam ducere et pro pecunia hujusmodi vendere seu alteri obligare. Urk. 1322 (Kopp l. c. p. 21): bei Unterschlagungen des Bannmüllers an Früchten oder Mehl darf der Mahlgast asinum seu aliud animal ipsius molitoris pro dampno auctoritate propria nomine pignoris capere et tenere. Et si molitor infra unum diem naturalem ipsum pignus non redimeret, ex tunc dampnum passus posset ipsum ulterius pro suo dampno obligare. Sin autem aliquem non inveniret, cui pignori obligaret, tunc ipsum pignus pro recuperando dampno venditionis titulo posset distrahere. Urk. 1420 (Senkenberg Sel. II. 386) die mochten .. an ire pande griffen und die pande vor schultheissen und scheffen uffbieden und sie vur ire schuld an geverde versetzen und verkeuffen.

Digitized by Google

bedungen oder war nur verabredet, der Gläubiger solle pfandlich, nach Pfandes Recht mit dem Pfande verfahren[204]), so galt als bedungen, daß derselbe befugt sein solle, das genommene Pfand ohne Mitwirkung des Gerichtes zu veräußern und sich aus dem Erlöse bezahlt zu machen[205]). Ueber das hierbei zu beobachtende Verfahren ertheilt der Reichsabschied von 1442 Vorschriften, welche unverkennbar dem Exekutionsverfahren, wie es sich nach süddeutschen Rechten darstellte, nachgebildet sind:

§. 3. doch daz er alsdann mit den pfanden pfantlich gefare, also daz er dieselben pfande alle ungeverlich in die nechste statt oder schlosz triebe, da ein gerichte in sye, das desz der angryffet und pfenndt, noch desz der pfendt wirt, nit sye. ... Und sind es dan essende pfand, so sol er die steen lassen 3 tage und 3 nacht; weren es aber ander pfande, so soll er dieselben pfand 4 wochen nachenander die nechsten steen lassen. .... Und ist dan, daz yeman kompt, der dieselben nome[206]) und pfande usznemen wulle, dem sol man sie uf recht und gewisshait uszgeben[207]), mit kundschaft des richters oder des amptmanns, in desz gericht si sint, oder sol ander erbar lut dartzu nemen, die daby sint. Wolt aber nyeman die pfand usznemen in der vorg. zyt, so mag der pfanner dieselben pfand darnach verkaufen ungeverlich so theuer er mag, auch mit kundschaft des amptmans, in desz gericht si gefürt sint, oder ander erber lut daselbst. Unnd dasselb gelt sol dan demeselben, der gepfendet hat, an seiner schulde abgeen, unnd was er auch costunge uf dieselben pfande angelegt hat, die redlich ist und die er für dem herren oder amptman des gerichz kuntlich macht, die sol im auch daran abgeen.

Es wurde mithin, wie im Exekutionsverfahren, das Stadium der

204) Urk. 1359 (Kopp l. c. p. 14), Urk. 1391 (ib. p. 20) so mogen si phenden und damyde phentlich gebaren.

205) So auch *Kopp* l. c. p. 6.

206) Vgl. §. 1. N. 21.

207) Vgl. §. 2. N. 158.

Digitized by Google

Aufbewahrung des Pfandes, in welchem dasselbe auf Verlangen zu Borge gethan wurde, und das Stadium der Versilberung des Pfandes unterschieden. Das Gericht, bei welchem die Pfänder niedergelegt werden sollen, hatte nicht die Funktionen des Prozeßgerichts im Exekutionsverfahren, sondern wirkte nur deßhalb mit, um die Redlichkeit des Verfahrens des Pfandnehmers bezeugen zu können; daher anstatt des Gerichts auch ander erber lut als Zeugen zugezogen werden konnten.

Was endlich die Pfändung im Nothfalle betrifft, so erscheint sie nicht als ein Rechtsinstitut, sondern als eine durch die Noth entschuldigte Gewalt. Es kann daher von Rechtsregeln über das dabei zu beobachtende Verfahren nicht die Rede sein. Nur der Grundsatz kann als allgemein gültig hingestellt werden, daß der Pfandnehmer verpflichtet war, so bald als möglich den Rechtsweg einzuschlagen. Hierzu war er namentlich dann verpflichtet, wenn er durch eigenmächtige Pfändung eine Beschlagnahme vollzogen hatte; durch Ablieferung des Pfandes an das Gericht war das außergerichtliche Verfahren so bald als möglich in das gewöhnliche Arrestverfahren überzuleiten[208]).

Ueber die Rechte des Pfandnehmers an dem Pfande und über das Obligationsverhältniß, welches zwischen ihm und dem Eigenthümer der gepfändeten Sache durch die Pfändung entstand, können bezüglich der unter 2 besprochenen Fälle der Privatpfändung Quellenaussprüche nicht beigebracht werden. Man sieht sich daher genöthigt, die bei verwandten Fällen der Pfändung geltenden Rechtssätze auch hier zur Anwendung zu bringen. Für die Pfändung wegen Leihezinsen bietet sich die Analogie der obrigkeitlichen Pfändung ohne Prozeß (§. 3), für die Konventionalpfändung die Analogie der Pfändung im Exekutionsverfahren (§. 2) dar. Was namentlich letztere betrifft, so ist die Vollmacht zur Ver-

208) Vgl. die §. 3. N. 52. angeff. Stellen. Bamb. R. §. 122. wo einer den andern phendet umb schulde on gerihte und on reht, und daz phant inne heldet uber naht, der hat sich dez gerihts unterwunden. Ueber die Veräußerung des Pfandes bei der Pfändung durch den Wirth vgl. Verm. Sfv. III. 16, 6, Augsb. St. R. (Frevberg) 118.

Digitized by Google

äußerung des Pfandes, welche im Exekutionsverfahren durch die Gewaltigung ersetzt wird, bei der Konventionalpfändung dem Gläubiger vom Schuldner selbst vertragsweise ertheilt. Der Uebergang der Gewere auf den Gläubiger, welcher im Exekutionsverfahren von der Uebergabe und Gewaltigung des Pfandes datirt, ist bei der Konventionalpfändung auf den Zeitpunkt der Pfändung zu verlegen, da die Wirkungen einer Wegnahme mit vorher erklärter Zustimmung des Eigenthümers den Wirkungen einer Uebergabe von Seiten des Letztern gleichzuachten sind.

Digitized by Google

Dritter Abſchnitt.

Die Satzung.

§. 6.

I. Die Satzung als Strafgeding.

Die früheſte Erwähnung eines freiwillig gegebenen Pfandes findet ſich in einigen Stellen der Volksrechte. Sie nennen daſſelbe entweder pignus [1]) oder wadium (wadia) [2]) oder arrha [3]). Ueber Form, Inhalt und Wirkungen dieſer älteſten Satzung enthalten die Volksrechte nur ſpärliche Andeutungen, aus denen folgende Sätze zu entnehmen ſind.

1) Die Satzung erſcheint als ein formloſer Vertrag. Eichhorn [4]) behauptet, das Pfand ſei, wenn es freiwillig beſtellt

1) L. Sal. XL. 2, L. 1: nec solvat nec pignus donet solucionis ... L. Alam. Hloth. II. 89. §. 1. Si quis pignus tulerit ... §. 2. Si autem dominus voluntarie pignus dederit .... (Legg. III. 77). L. Fris. Add. Sap. VIII. §. 1. Si quis in pignus susceperit ... §. 2. Si vero quislibet per vim sustulit pignoris nomine quod pant dicunt (Legg. III. 693).

2) Ed. Roth. 250. a. Liutpr. 36 sq.: Si quis dederit wadiam ... L. Bajuw. II. 14. donet wadium comiti de fredo, XI. 4. det wadium domini domui (Legg. III. 288, 311).

3) L. Bajuw. XVII, 3: propter arras, qui donat quasi pro pignus qualecumque re, usque dum solvat debitum et pignus recipiat (Legg. III. 327). Urkunden, welche hierfür das Wort pfans, fürpfant gebrauchen, weiſt *Merkel* not. 48. ad h. l. nach.

4) St. und R. G. I. §. 61. Ebenſo Warnkönig Franz. R. G. II. 593.

Digitized by Google

wurde, vor Gericht oder vor Zeugen übergeben worden, und beruft sich auf eine Stelle des langobardischen Rechts:

Rachis 5. Si quis admodum (amodo) in presentia regis vel judicis seu liberorum hominum qualecunque modo wadia dederit ...

Aus dieser Stelle selbst ergiebt sich aber, daß die Vornahme des Geschäfts vor Gericht oder Zeugen nur des Beweises wegen, nicht als eine zur Gültigkeit des Geschäfts erforderliche Form stattfand. Wurde die Pfandsetzung vom Gerichte oder von den zugezogenen Zeugen bekundet, so sollte die eidliche Versicherung der Partei: quod in tali tenore wadia non dedisset, nicht zugelassen werden. Dagegen fand dieser Eid statt, wenn die Pfandsetzung weder vor Gericht noch vor Zeugen vorgenommen worden war [5]). Demgemäß lautet die Formel für diesen Fall [6]):

Petre, te appellat Martinus, quod tu dedisti sibi vadia de dare sibi unum sol. III. Cal. Aug. — Non dedi ipsi vadia. — Tunc ipse qui appellat probet. — Si non potuerit, ipse qui appellatus est juret: quod in tali tenore vadia non dedit.

Die Pfandsetzung konnte also nach langobardischem Rechte in denselben Formen stattfinden, wie das Schuldversprechen ohne Pfandsetzung [7]), und es ist kein Grund vorhanden, nach den übrigen Volksrechten etwas Anderes anzunehmen [8]).

2) Die Satzung ist mit der Uebergabe des Pfandes verbunden. Das beweisen die überall wiederkehrenden Worte dare, donare pignus (wadium, arrham). Von einer Satzung ohne Besitzübertragung enthalten die Volksrechte keine Spur. Als Gegenstand der Satzung werden nur Unfreie, Vieh und andere bewegliche Sachen erwähnt [9]). Es ist daher zu bezweifeln, daß

5) Si vero tales homines inter non fuerint, quorum ammittitur fides ... tunc exinde procedat judicium, sicut ab ipsum Rothar. regem est constitutum; d. i. gemäß Roth. 359, Liutpr. 15.

6) Walter C. J. G. I. 826.

7) Vgl. oben §. 5. Note 9.

8) Auch der testis per aurem tractus der L. Bajuw. l. c. erscheint als Beweiszeuge.

9) L. Alam. l. c. L. Fris. l. c. *Merkel* n. 48. ad L. Bajuw. XVII, 3. (Legg. III. 327).

Digitized by Google

Grundſtücke ſchon zur Zeit der Volksrechte verſetzt wurden. Man hat das Gegentheil aus L. Wisig. X. 1, 19 entnommen[9a]), welche Stelle den Fall behandelt:

si quis terram, vineam aut aliquam rem aliam pro decimis vel quibuslibet commodis praestationibusque reddendis per scripturam aut quamcumque definitionem ita ab alio acceperit possidendam, ut ille qui dat sic sub alicujus exsolutionis debito det, ne videatur jus rei suae amittere voluisse.

Es unterliegt aber wohl kaum einem Zweifel, daß in dieſer Stelle nicht von Pfandſetzung die Rede iſt, ſondern von einer Leihe, bei welcher der Leihemann ſich verpflichtet, einen Zehnten oder eine andere Leiſtung als Gegenleiſtung oder Rekognitionsabgabe zu entrichten.

3) Der Wille der Vertragſchließenden geht dahin, daß das geſetzte Pfand, wenn ein gewiſſes Ereigniß eintritt, dem Geber zurückgegeben werden, dagegen wenn dies Ereigniß nicht eintritt, dem Empfänger zur Strafe verfallen ſein ſoll. Die Verwirkung des Pfandes und die Verpflichtung zur Rückgabe deſſelben ſtehen, wie die Verbindlichkeiten der Theilnehmer bei Spielen oder Wetten, unter einer entgegengeſetzten Bedingung. Bei den Wirkungen des Geſchäfts muß die Zeit der ſchwebenden Bedingung von der Zeit nach dem Eintritt der poſitiven oder negativen Bedingung unterſchieden werden.

So lange die Bedingung ſchwebt, bleibt das Pfand im Eigenthum des Verpfänders. Dies ergiebt ſich daraus, daß er dominus genannt und für verpflichtet erklärt wird, den Schaden zu erſetzen, welcher von dem zu Pfande gegebenen Unfreien oder Thiere angerichtet wird, während der Pfandempfänger ſich im Beſitze deſſelben befindet[10]); denn ein anderer Grund, aus welchem dieſe Verpflichtung dem Verpfänder beigemeſſen würde, als

9a) Walter R. G. §. 569. N. 1.

10) L. Alam. l. c. §. 2: *dominus* ejus, qui dedit pignus, damnum quod factum est similem restituat. L. Fris. l. c. §. 1: damnum ad illum pertineat, *cujus servus est*, non ad illum, qui eum in pignus suscepit.

Digitized by Google

sein fortdauerndes Eigenthum, ist nicht aufzufinden. Ein Gegengrund ist nicht daraus zu entnehmen, daß die Satzung im langobardischen Rechte zuweilen fiduciae nexus genannt wird [11]). Der Pfandempfänger hat nur das Recht, das Pfand zu besitzen, bis der Eintritt der Bedingung sich entscheidet; heimliche oder gewaltsame Entziehung des Besitzes von Seiten des Verpfänders zieht Bestrafung nach sich [12]). Daß dem Pfandempfänger gestattet wird, das Pfand zu gebrauchen, ist dem Wesen der Satzung nicht zuwider [13]); jedoch ist kein Grund vorhanden anzunehmen, daß es demselben auch ohne Gestattung des Verpfänders freistehe, das Pfand zu gebrauchen. Daß der Pfandempfänger nicht das Recht hat, das Pfand zu veräußern oder zu verbrauchen oder dergestalt zu gebrauchen, daß es verschlechtert wird, erhellt von selbst daraus, daß er dasselbe unter gewissen Voraussetzungen zurückgeben muß. Durch unbefugte Dispositionen dieser Art verwirkt der Pfandbesitzer Strafe neben der Verpflichtung zum Werthsersatz [14]).

Tritt die Bedingung ein, unter welcher das Pfand dem Empfänger verfallen sein soll, so geht das Eigenthum desselben auf Letzteren über. Die Verwirkung des Pfandes tritt aber in doppelter Weise ein. Nach der einen Auffassung verfällt das Pfand unmittelbar zur Strafe.

L. Bajuw. XVI, 10 [15]): Qui arras dederit pro quacumque

11) Ed. Roth. 173, 174. (= Lombard. II. 15, 3). Liutpr. 58.

12) Liutpr. 37. L. Wisig. V. 6, 2.

13) Ed. Roth. 339.

14) L. Wisig. V. 6, 4. Si quis ... pignus acceptum distulerit reddere .... vel in usus proprios atque in alienos conferendum praesumpserit attemptare .... pignus quidem quod accepit integrum reddat et medietatem, quantum pignus valere constiterit, domino pignoris coactus impendat.

15) Legg. III. 323. Die Parallelstelle Antiq. Reccared. 297. (Blume Westgoth. Ant. 20) und L. Wisig. V. 4, 4. steht mit dem bayrischen Volksrechte nicht in Widerspruch. In den Worten: emptor vero si non occurrit ad diem constitutum, arras tantummodo recipiat, quas dedit, res definita non valeat, ist die Befugniß des Verkäufers anerkannt, unter Rückgabe der arrha von dem Kaufvertrag abzugehn, wenn der Käufer zur festgesetzten Zeit

Digitized by Google

re, pretium cogatur implere, quod placuit emptori. Et si non accurrerit ad diem constitutum, vel antea non rogaverit placitum ampliorem hoc neglexerit facere: *tunc perdat arras et pretium quod debuit impleat.*

Nach der andern Auffaſſung verfällt das Pfand nur mittelbar, indem eine Geldſtrafe verwirkt wird, für welche das Pfand haftet.

Ed. Rothar. 250 a[16]): Si quis alia wadia dederit et eam recipere neglexerit per fidejussorem et aput eum remanserit (sc. wadia) una nocte aut duae vel tres: nihil conponat. Si remanserit quarta nocte, conponat 12 sol.; si remanserit quinta nocte, conponat sol. 24; et si remanserit sesta nocte, conponat sol. 36.

Beiden Auffaſſungen aber iſt gemein, daß ungeachtet des Verfalls der Strafe die Verbindlichkeit fortdauert, auf deren Nichterfüllung die Strafe geſetzt iſt.

Tritt der entgegengeſetzte Fall ein, indem es gewiß wird, daß die Bedingung der Pfandverwirkung nicht in Erfüllung geht, ſo iſt das Pfand dem Verpfänder zurückzugeben. Erfüllt der Pfandempfänger dieſe Verbindlichkeit nicht, ſo macht er ſich wegen Vorenthaltung fremden Eigenthums ſtrafbar. Wo der Verpfänder in eine Strafe verfällt, wenn er das Pfand rechtzeitig einzulöſen verſäumt, verwirkt der Pfandempfänger gleiche Strafe, wenn er das eingelöſte Pfand nicht zurückgiebt.

Ed. Rothar. 250 a[17]): Et si ille, qui eam wadiam acceperit. eam reddere neglexerit per fidejussorem[18]) et apud eum remanserit, sic conponat, quomodo ille, qui wadiam suam recipere neglexerit.

den Kaufpreis nicht zahlt. Hiermit verträgt ſich das ihm nach ſeiner Wahl zuſtehende Recht, die Zahlung des Kaufpreiſes zu fordern und die arrha als verwirkt zu behalten. Vgl. Jahrb. von Bekker und Muther IV. 485. Dagegen will Stobbe Vertr. 54 leſen: non recipiat.

16) Die Formel bei Walter C. J. G. I. 730. beweiſt, daß eine Pfandſetzung für den Fall der Nichtzahlung einer Geldſchuld gemeint iſt.

17) Ebenſo Liutpr. 36.

18) Hierunter iſt die Rückgabe an den Verpfänder, welcher dem Pfandbeſitzer anderweite genügende Sicherheit durch Bürgen beſtellt, zu verſtehen. Liutpr. 37, 38.

Digitized by Google

Wo dagegen, wenn der Verpfänder das Pfand nicht rechtzeitig einlöst, das Pfand selbst zur Strafe verwirkt wird, kann die gleiche Strafe nicht eintreten, wenn der Pfandempfänger das eingelöste Pfand zurückzugeben versäumt; hier tritt eine andere Strafe ein, welche nach westgothischem Rechte dem halben Werthe des Pfandes gleich kommt [19]). Kann der Pfandempfänger wegen eignen Verschuldens das Pfand nicht zurückgeben oder hat er eine Verschlechterung verschuldet, so verwirkt er dieselbe Strafe und muß den Schaden ersetzen [20]). Kann dagegen der Pfandempfänger das Pfand deßhalb nicht zurückgeben, weil es durch Zufall untergegangen ist, so ist er dem Verpfänder zu nichts verpflichtet. Es ist mit Wilda [21]) gegen Stobbe [22]) anzunehmen, daß nach den Volksrechten bei der Satzung der Verpfänder die Gefahr des Zufalls trug. Hierfür sprechen erstens diejenigen Stellen, nach welchen der Verpfänder den vom Pfande zufälligerweise verursachten Schaden zu tragen hatte [23]), indem man daraus schließen kann, daß derselbe auch einen dem Pfande selbst zugestoßenen Zufall tragen mußte; zweitens einige Stellen des langobardischen Rechts, in welchen die Verpflichtung des Pfandempfängers, für das Pfand zu haften, nur für den Fall eines Verschuldens desselben anerkannt wird. Wenn Jemand ein fremdes Pferd pfandweise besitzt und dasselbe stirbt, so soll er es ersetzen, wenn er es geschlagen und dadurch den Tod verschuldet hat, sonst nicht [24]). Und wenn Jemand einen fremden Unfreien als Pfand besitzt und derselbe einen Diebstahl oder Todschlag begeht, so soll der Pfandbesitzer dafür haften, weil (also wenn) er den

19) L. Wisig. V. 6, 4.

20) Vgl. oben Note 14.

21) Zeitschr. f. D. R. I. 236. Strafrecht 556.

22) Vertr. 263.

23) Vgl. oben Note 10.

24) Ed. Rothar. 339. Et si contigerit, ut ipse cavallus, qui pigneratus est, post ipsum moriatur, tunc satisfaciat ille, qui eum pigneratum habuit, *si pulsatus fuerit*, quia *non per illius* neglecto mortuos fuet; *postea* (im entgegengesetzten Fall) *nulla sit repetitio.*

Digitized by Google

Unfreien gehörig zu verwahren verſäumt hat[25]). Daß die Kommentatoren des longobardiſchen Rechts ebenfalls der Anſicht ſind, der Verpfänder müſſe den Zufall tragen, geht daraus hervor, daß ſie der Vorſchrift, wonach im Falle der Pfändung wegen Schulden der Pfandnehmer während eines gewiſſen Zeitraums für den Zufall einſtehen ſoll[26]), die Beſchränkung beifügen: nisi permissu debitoris pignoravit creditor[27]); einer mit Bewilligung des Gepfändeten vorgenommenen Pfändung ſteht aber eine freiwillige Verpfändung gewiß gleich.

4) Der gewöhnliche Fall der Satzung beſteht nach den Volksrechten darin, daß ein Schuldner dem Gläubiger wegen der Erfüllung ſeiner Schuld ein Pfand ſetzt. Es wird erwähnt, daß der Käufer dem Verkäufer wegen der Zahlung des Kaufpreiſes ein Pfand ſetzt, usque dum solvat pretium[28]); ferner daß derjenige, welcher ein fremdes Pferd beſchädigt und daſſelbe von dem Eigenthümer empfangen hat, um es zu heilen, wegen ſeiner Verbindlichkeit, das Thier geheilt zurückzugeben oder ein anderes von gleichem Werthe zu liefern, dem Eigenthümer des beſchädigten Pferdes eines ſeiner eignen Pferde als Pfand giebt, dum ipso sanare potuerit[29]). Es erſcheint aber nicht als weſentlich, daß die Satzung auf die Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit ſich bezieht. Es kann auch die Erfüllung einer ſonſtigen Verbindlichkeit, welche nicht die Leiſtung eines Vermögenswerthes zum Gegenſtande hat, oder eine Thatſache, bei welcher es ſich gar nicht um Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, als die Bedingung hingeſtellt ſein, von deren Eintritt oder Nichteintritt Verfall oder Rückgabe des Pfandes abhängt.

Einen Fall, wo die Satzung ſich auf eine Verbindlichkeit

25) Liutpr. 110. Non repotetur proprio domini, nisi ei, qui eum tenuit; quia posteus eum pro devitum suum conpraehindit, *sic custodire decit*, ut aliquo malo facere non possit.

26) Vgl. oben §. 5. Note 176.

27) Aripr. et Alb. ad. L. I. tit. 21. (Anſchütz S. 47).

28) L. Bajuw. XVII, 3. vgl. mit XVI, 10. Siegel G. R. I. 128.

29) Ed. Roth. 339.

Digitized by Google

nicht bezieht, bietet L. Sal. XL, 2 dar[30]). Wird ein Unfreier, heißt es a. a. O., eines Diebstahls bezüchtigt, welcher, wenn er von einem Freien begangen wäre, eine Strafe von 35 Sol. nach sich ziehen würde, so soll er bis zu 120 Hieben torquirt werden. Gesteht er vor oder während dieser Tortur, so trifft ihn die Strafe der Kastration, wenn sie nicht vom Herrn durch 6 Sol. gelöst wird. Gesteht er ungeachtet des Empfangs von 120 Streichen nicht, so braucht sein Herr eine Fortsetzung der Tortur ohne Weiteres nicht zu dulden, sondern nur dann, wenn der Bestohlene, welcher die Tortur fortsetzen will, ihm ein Pfand setzt. Gesteht der Unfreie in Folge der fortgesetzten Tortur, so haftet sein Herr dem Bestohlenen für nichts (nihil illi super domino credatur) und der Unfreie kommt unter die Herrschaft des Bestohlenen, wogegen dieser dem Herrn desselben den Werth des Unfreien ersetzen muß, durch dessen Bezahlung er das gegebene Pfand einlöst (dominus vero servi, unde jam pignus accepit, precium pro suo servo accipiat). In dem in der Lex nicht entschiedenen Falle, daß der Unfreie ungeachtet fortgesetzter Tortur nicht gesteht, erfolgt, wie man annehmen darf, neben Rückgabe des Unfreien an seinen Herrn die Verwirkung des Pfandes zur Strafe der Marterung eines Unschuldigen. In dem letzteren Falle hatte die Pfandsetzung keine Beziehung auf eine Verbindlichkeit des Verpfänders. Es fand eine Wette über die Schuld des Unfreien statt.

Fälle, wo die Satzung sich auf Verbindlichkeiten bezieht, die nicht in einer Vermögensleistung bestehen, bieten die Kautionen wegen prozessualer Handlungen dar, welche im altdeutschen Prozeß nicht minder häufig sind, als die poenales sponsiones im römischen Prozeß. Die Partei, welche in einem Termine vor Gericht zu erscheinen gelobt, sei es zur Beantwortung der Klage oder zur Leistung eines Eides oder zum gerichtlichen Kampfe oder zu sonstigen Handlungen, setzt für die Erfüllung dieses Versprechens ein Pfand oder stellt Bürgen dafür oder Bürgen und Pfänder

30) Vgl. Wilda Strafrecht 660.

Digitized by Google

nebeneinander, dem Gegner [31]), dem Richter [32]) oder Beiden [33]). Wie die Stellung eines Bürgen zu dieſem Zwecke die Bedeutung hatte, daß der Bürge ſich einer Strafe für den Fall unterwarf, daß er die Prozeßpartei im beſtimmten Termin nicht vor Gericht ſiſtire [34]), ſo hatte auch die Setzung eines Pfandes den Sinn, daß daſſelbe zur Strafe verwirkt ſein ſolle, wenn der Verpfänder nicht verſprochenermaßen im Termin erſcheine, wobei nach Maßgabe der beiden oben erwähnten Anſchauungen entweder das Pfand unmittelbar zur Strafe verfiel oder nur eine Geldſtrafe verwirkt wurde, für welche das Pfand haftete.

Die Satzung der Volksrechte hatte, dies ergiebt ſich aus dem Bisherigen, eine andere Bedeutung, als die Verpfändung des römiſchen Rechts. Sie enthielt ein Strafgeding. Es handelte ſich nicht um eine Verpfändung im römiſchen Sinne mit der lex commissoria; die lex commissoria bildete vielmehr den alleinigen Inhalt des Rechtsgeſchäfts. Das Pfand wurde nicht gegeben, damit der Gläubiger ſich durch daſſelbe bezahlt mache; verfiel ihm das Pfand, weil die Verbindlichkeit nicht erfüllt wurde, ſo verblieb ihm deſſenungeachtet das Recht auf Erfüllung der Verbindlichkeit in ihrem vollen Umfange. Die Satzung diente, wenn ſie ſich auf eine Schuldverbindlichkeit bezog, zur Beſtärkung der Verbindlichkeit, indem die Furcht, das Pfand zu verlieren, den Schuldner beſtimmen mußte, ſeiner Verpflichtung zu genügen. Dieſer Antrieb mußte um ſo ſtärker ſein, je größer der Werth des Pfandes war. Es machte daher einen Unterſchied, ob eine Sache von Werth zum Pfande geſetzt wurde, z. B. in den oben angeführten Fällen ein Pferd anſtatt des dem Beſchädiger zur

31) Z. B. Ed. Roth. 360, 361. Si quis *alii* pro quacumque causa wadia et fidejussores de sacramento dederit ....

32) Z. B. L. Alam. Hloth. XXXVI, 3. (Legg. III. 56). Et in primo mallo spondeat, sacramentales et fidejussores praebeat et wadium suum donet *ad misso, comiti vel ad illo centenario*, qui praeest, ut in constituto die aut legitime juret aut si culpavilis est conponat ...

33) Z. B. Form. sec. X. (Legg. III. 142. not. 56) wadiavit lib. XXX. et *isti* sunt fidejussores ... et *A. comiti* sol. LX.

34) Worin die Strafe beſtand, ſ. bei Platner Bürgſchaft 74 ff.

Digitized by Google

Heilung übergebenen Pferdes oder ein Unfreier anstatt des dem Bestohlenen zur Folterung überlassenen Unfreien, oder ob ein Gegenstand ohne Werth, z. B. ein Handschuh, die festuca[35]), zum Pfande gegeben wurde, der nur als Wahrzeichen des Vertragsschlusses und als Beweisstück für den Wortbruch des Gegners benutzt werden konnte. Der Unterschied zwischen beiden Fällen erscheint aber nur als ein thatsächlicher. Man kann nicht behaupten, daß in dem einen Falle ein anderes Rechtsverhältniß entstand als in dem andern. Die Begriffe von arrha confirmatoria und Konventionalstrafe gehen in den Volksrechten noch ununterschieden in einander über.

Daß man die Satzung als ein Strafgeding verstand, entspricht dem allgemeinen Charakter der germanischen Volksrechte. Wie diese die Verletzung von Privatrechten regelmäßig unter dem strafrechtlichen Gesichtspunkte behandeln, so werden auch von den Vertragschließenden die Nachtheile, welche die Nichterfüllung des Versprechens nach sich ziehen soll, in Gestalt einer Konventionalstrafe festgesetzt und diese Strafe dem Gläubiger durch sofortige Uebergabe des Pfandes, das zur Strafe unmittelbar oder mittelbar verfallen soll, sichergestellt. Mit dieser Auffassung ist die Bezeichnung des Pfandes als wadium (wadia), arrha oder pignus nicht unverträglich. Denn während wadium, das Gewedde, und wadia, die Wedde, in der Bedeutung von Strafe häufig vorkommen, findet sich arrha auch im römischen Recht zur Bezeichnung des Objekts einer Konventionalstrafe gebraucht[36]), und auch die Anwendung von pignus in dieser Bedeutung ist nicht unerhört, wie namentlich in Betreff der Konventionalstrafe, welche bei Wetten den Unterliegenden trifft, von Andern bereits nachgewiesen worden ist[37]).

Es ist bisher eine Stelle der Volksrechte nicht berücksichtigt

35) Vgl. Walter R. G. §. 564, §. 567.

36) Dernburg I. 100, insbesondere über die Auffassung der Hingabe einer arrha als Verpfändung mit pactum fiduciae und lex commissoria.

37) Wilda Zeitschr. f. D. R. VIII. 217. Dernburg I. 49.

Digitized by Google

worden, welche von Andern[38]) gerade vorzugsweiſe bei Darſtellung des altgermaniſchen Pfandrechts zum Grunde gelegt wird: L. Wisig. V. 6, 3. Sie lautet:

> Pignus, quod pro debito deponitur, si per cautionem fuerit obligatum et ille, qui pignus deposuerat, ad tempus constitutum debitum reformare dissimulet, post diem cautionis exactum usque ad X dies pignus salvum domino suo reservetur, aut eidem domino, si in propinquo est, reportetur atque ut restituat debitum moneatur. Quod si per negligentiam suam debitor ad diem constitutum adesse neglexerit aut debitum implere distulerit, addantur usurae. Caeterum si adesse usque ad X dies, sicut supra dictum est, aut quod debet reformare distulerit: tunc creditor judici vel praeposito civitatis pignus ostendat, ut quantum judicio ejus et trium honestorum virorum fuerit aestimatum sit ei licentia distrahendi. Et postmodum de precio venditi pigneris creditor quantum ei debebatur sibi evidentius tollat et reliquum ille recipiat, qui pignus deposuerat.

Enthielte dieſe der weſtgothiſchen Antiqua[39]) entnommene Stelle germaniſches Recht, ſo würde ſie von dem Pfandrechte der Volksrechte ein ganz anderes Bild gewähren, als oben entworfen worden iſt, und die Behauptung rechtfertigen, daß daſſelbe mit dem römiſchen Pfandrechte im Weſentlichen übereinſtimmte und nur bei untergeordneten Fragen davon abwich, nämlich darin, daß die Verpfändung nur unter Uebertragung des Beſitzes auf den Pfandgläubiger möglich und der Pfandverkauf nur unter Mitwirkung des Richters zuläſſig war. Es unterliegt aber kaum einem Zweifel, daß der Inhalt dieſer Stelle dem römiſchen Rechte entlehnt iſt, ſei es unmittelbar aus römiſchen Quellen oder aus der Lex Romana Wisigothorum, welche bei Abfaſſung der weſtgothiſchen Antiqua benutzt ſein kann, wenn letztere unter Reccared

38) Renaud Zeitſchr. f. R. W. und G. G. des Auslands XXI. 310. Walter R. G. §. 568. Dernburg II. 258.

39) In dem von Blume veröffentlichten Fragment befindet die Stelle ſich nicht.

Digitized by Google

(586—601) entstanden ist[40]). Wie die Vorschrift der fraglichen Stelle, daß der säumige Schuldner nach der Mahnung Verzugszinsen zahlen soll, unzweifelhaft römischen Ursprungs ist, so ist ein Gleiches von den Bestimmungen über das Distraktionsrecht des Pfandgläubigers anzunehmen. Hierfür spricht schon der Umstand, daß in keinem andern der germanischen Volksrechte das Distraktionsrecht bei der Satzung anerkannt ist und daß nicht einmal bei der Pfändung in der Zeit der Volksrechte das Pfand verkauft wurde[41]). Den sichersten Beweis für den römischen Ursprung jener Bestimmungen liefert aber ihre Uebereinstimmung mit dem Inhalte der römischen Rechtsquellen.

Wenn derjenige, welcher das Pfand gesetzt hat, zu der in der Schuldverschreibung (cautio) festgesetzten Zeit nicht zahlt, soll nach westgothischem Recht das Pfand zehn Tage lang für den Verpfänder aufbewahrt oder ihm, wenn er in der Nähe ist, vorgezeigt und er in beiden Fällen wegen Bezahlung der Schuld gemahnt werden. Ebenso verlangt das römische Recht die Mahnung. Eine Verschiedenheit beider Rechte scheint darin obzuwalten, daß das westgothische Recht nur eine einzige Mahnung erfordert, während nach römischem Rechte eine dreimalige Mahnung stattfinden sollte[42]); allein dies erklärt sich daraus, daß die römische Praxis eine einmalige Mahnung für genügend hielt[43]). Daß die Frist, nach deren Ablauf erst der Pfandverkauf statthaft war, auch bei den Römern zehn Tage betrug, ist wenigstens wahrscheinlich[44]).

---

40) Vgl. Stobbe Rsq. I. 76.

41) Vgl. oben S. 75.

42) Paul. Rec. Sent. II. 5. §. 1. Creditor, si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denunciare debet debitori suo, ut pignus luat. Zu der L. Rom. Wis. lautet die Interpretatio zu dieser Stelle (Haenel 356): Creditor si sine conditione pignus sibi depositum tenens ter debitorem suum convenerit, ut soluto debito pignora sua recipiat, et debitor noluerit post tres admonitiones soluto debito pignora sua recipere, creditor distrahendi pignoris habebit liberam facultatem.

43) Dernburg I. 90.

44) Dernburg I. 89, II. 126.

Digitized by Google

Wenn die zehntägige Friſt verſtrichen iſt, ohne daß der Schuldner gezahlt hat, ſo ſoll nach weſtgothiſchem Rechte der Gläubiger das Pfand dem Richter oder der Stadtobrigkeit vorzeigen, hierauf das Pfand von Letzteren unter Zuziehung von drei ehrſamen Männern geſchätzt werden, und der Gläubiger alsdann die Befugniß haben, das Pfand für die durch Abſchätzung ermittelte Summe zu verkaufen; von einem Verkaufe durch das Gericht oder von einer gerichtlichen Ermächtigung des Gläubigers zum Verkaufe iſt nicht die Rede[45]). Dieſe Beſtimmung entſpricht der auch in die Lex Romana Wisigothorum übergegangenen Verordnung Valentinians von 392, wonach beim fiskaliſchen Verkaufe eine Schätzung des Pfandes vorausgehn ſollte[46]). Das weſtgothiſche Recht weicht davon nur darin ab, daß es die auf fiskaliſche Verkäufe bezügliche Vorſchrift auf alle Pfandverkäufe ausdehnt und die Obrigkeit beſtimmt, welche die Schätzung leiten ſoll.

Ein Bedenken gegen die Ableitung dieſer Sätze des weſtgothiſchen Rechts aus dem römiſchen Rechte kann nicht daraus entnommen werden, daß daſſelbe daneben auch Sätze enthält, welche nicht römiſchen Urſprungs ſind, namentlich eine Strafbeſtimmung für den Fall, daß der Pfandbeſitzer dem Schuldner das Pfand vorenthält, obgleich ihm letzterer Zahlung geleiſtet oder angeboten hat[47]).

Auch in dem ſpätern Mittelalter begegnet man noch zuweilen der Satzung in der Bedeutung eines Strafgedings und den Ausdrücken wedde oder phant im Sinne von Konventionalſtrafe[48]). Als Gegenſtand dieſes Geſchäfts kommen ſowohl Mobilien als Immobilien vor. Auch in dieſer Zeit geht die Abſicht der Vertrag-

45) Wie Renaud a. a. O. annimmt.

46) L. Rom. Wisig. X. 9. §. 1. (Haenel p. 216) = l. 3. Cod. Theod. de fide et jure hastae (10, 17) = l. 16. Cod. Just. de rese. vend. (4, 44).

47) Vgl. die in Note 14 angeführte Stelle, welche einen dem Receswind zugeſchriebenen Zuſatz zur Antiqua enthält.

48) Stobbe Vertr. 31. weiſt wette setzen in dieſem Sinne nach.

Digitized by Google

schließenden dahin, daß das Pfand zur Strafe verfallen soll, wenn der Verpfänder eine Verbindlichkeit nicht erfüllt oder ein anderes als Bedingung aufgestelltes Ereigniß nicht eintritt.

Ein Beispiel der letztern Art bietet das in Städten Lübischen Rechts noch im fünfzehnten Jahrhundert vorkommende ordelspant[49]), nämlich das Succumbenzgeld, welches der Appellant bei Berufungen an den Oberhof dem Rathe der Stadt, von welcher appellirt wurde, nach Gewohnheit oder Statut erlegen mußte[50]). Dies Pfand, in einer Geldsumme bestehend, wurde unter der Bedingung gesetzt, daß es verfalle, wenn Appellant nicht obsiege.

Häufiger sind Beispiele, in welchen die Bedingung, unter welcher das Pfand verfallen soll, in der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit besteht[51]). Insbesondere pflegte man bei solchen Verbindlichkeiten, welche wegen der persönlichen Verhältnisse der Vertragschließenden im Rechtswege nicht leicht erzwungen werden konnten, den Promissar dadurch sicherzustellen, daß der Promittent

---

49) Urth. bei Michelsen Oberhof Nr. 52, 202.

50) Michelsen Oberhof S. 22. In Rostock erging im Jahre 1458 ein Statut (Neue Rost. Wöch. Nachr. 1839. S. 58), daß der unterliegende Appellant dem Rathe 3 bezw. 6 Mark Silbers beteren und dem Gegner Zehrung und Kosten ersetzen müsse.

51) Z. B. wenn ein Leihezins nicht rechtzeitig entrichtet wird. Urk. 1289 (Baur Urk. B. des Klosters Arnsburg Nr. 221). Nos .. pro ratificacione et cerciori solucione pred. census — von einer zu Erbzinsrecht verliehenen curia in E. — subpignoramus curiam nostram sitam in L. .... ut si in solucione pred. census ... neglientes extiterimus, ... recipiant anted. curiam ipsorum in E. ... et nihilominus accipient subpignora nostra .. facientes cum hiis omnibus secundum formam proprietatis tituli, quitquit ipsis videbitur expedire. Urk. 1292 (daf. Nr. 240). In quorum omnium cautionem et ratificationem ... obligavimus mem. monasterio nomine pignoris dimidium mansum et curiam sitam in R., ut si nos unquam vel heredes nostri in solucione suprad. censuum — von einer zu Erbzinsrecht verliehenen curia in F. — neglientes extiterimus, non solum supradicta curia (in F.) ad seped. monasterium revolvetur, verum etiam anted. dimidius mansus et curia transibunt in possessionem et dominium seped. monasterii sine contradictione qualibet, suis usibus perpetuo servitura.

Digitized by Google

ihm oder einem unbetheiligten Dritten ein Pfand mit der Verabredung übergab, daß dasselbe nach Erfüllung der Verpflichtung dem Promittenten zurückgegeben werden, bei Nichterfüllung derselben aber dem Promissar zur freien Verfügung verfallen sein solle. Es wurde durch die Verabredung einer solchen Konventionalstrafe ein pekuniäres Interesse geschaffen, dessen Befriedigung den Promissar entschädigte, wenn die ursprüngliche Verpflichtung nicht erfüllt wurde und sich als nicht erzwingbar erwies. Bei Verlöbnissen, Bündnissen und Friedensschlüssen unter fürstlichen Personen findet man eben so oft die Setzung von Pfändern als die Stellung von Geiseln für die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten. Es handelt sich hierbei öfters um Verbindlichkeiten, die keinen vermögensrechtlichen Charakter haben, oder doch auf einen bestimmten Vermögenswerth nicht abzuschätzen sind, bei denen daher von einer Verpfändung im römischen Sinne nicht die Rede sein könnte. Wie die Geiseln vergiselt waren, d. h. dem Promissar zur beliebigen Verfügung über ihre Person anheimfielen, wenn die Verpflichtung unerfüllt blieb[52]), so verfielen auch die Pfänder unter dieser Voraussetzung dem Promissar als Eigenthum zu freier Verfügung, zur Strafe des Wortbruchs in Gemäßheit des Strafgedings. Einige Beispiele zum Belege:

In Ehepakten aus dem Jahre 1055[53]) setzt der Bräutigam den Eltern der Braut und der Letztern selbst in folgender Weise ein Pfand: Et super hoc, ut totum, sicut superius est dictum, teneam et faciam et adimpleam, mitto vobis et filiae vestrae Valenciae jam dictae in pignore ipsum castrum de A. .. sub ea scilicet lege, ut, si praedictam omnem convenientiam non adimplevero et non observabero, praefata omnia *incurrant in vestra potestate* sine aliqua contradictione, *ad faciendum*

52) Conv. Ottonis IV. cum Theodorico marchione Misnensi a. 1212 (Legg. II. 218). Hec autem conditio observabitur de obsidibus: quod si marchio, quemadmodum promissum et juratum est ... non observaberit, liberam habebit D. Imp. facultatem de ipsis obsidibus faciendi quod ei placuerit, et erit in eo statu, qui vulgariter vergiselt dicitur. Conv. 1212 (ib. 220), 1223 (ib. 250).

53) Baluz. Cap. App. nr. 148. T. II. p. 1551.

Digitized by Google

quodcunque volueritis facere. Et sic de meo jure *trado hoc totum ... in vestrum dominium et vestram potestatem.*

In einem Bündnisse von 1152[54]), worin Herzog Bertolf K. Friedrich I. eine gewisse Streitmacht zu stellen verspricht, heißt es:

Et quod dux haec omnia servabit sine dolo et sine fraude, dabit dom. Regi in pignore allodium suum, castrum Th.

In dem Friedensschlusse zwischen K. Albrecht I. und dem Erzbischoff von Mainz von 1302[55]), worin Letzterer gewisse Zölle abzutreten, gewisse Urkunden herauszugeben und Beistand gegen Angriffe zu leisten gelobt, wird hinzugefügt:

Des hat der vorg. ertzbischoff von M. zu underphant gesatzet die stat und die burg zu B. .... Ez ist auch geret, daz dieselben phant sullen stan funf jar ussgent, so sal man dem erczbischove die vorg. phant widder geben .. Wyr haben auch und der vorg. bischof eynen man gekoren, dem wir die vorg. phant enpholen haben, der sol die phant halden als hernach geschreben stet.

Die Markgrafen Waldemar von Brandenburg und Friedrich von Meißen setzen sich wegen der im Vertrage von 1317 übernommenen Verbindlichkeiten gegenseitig Pfänder[56]):

Wir (Waldemar) scolen öme setten cu enen pande Dretzden und den Haghen ... Dise pand scollen innemen her K. v. G. und her D. v. W. Wie ichts beseght, dat we nicht ne helden noch wederdeden tu der alse de breve spreken ... so scolden se de pant antworden unserme veddern marcgrave Frieder .. unde de scolen wesen sin recht gut.

De marcgreve von Misne scol o uns setten Misne .. Dat scal innemen greve G. v. S. und her A. v. H. Werde he jeneghes dinges beseght, dat he nicht ne helde noch wederdede, alse de vorben. breve spreken ... so scolen se uns dat pant antworden, dat scal unse rechte gud wesen.

54) Legg. II. 91.
55) Legg. II. 477.
56) Weck Beschr. von Dresden. Nürnb. 1680 fol. S. 161.

Digitized by Google

In dem Vergleiche von 1460[57]), welcher die Streitigkeiten zwiſchen dem Pfalzgrafen Friedrich und dem Herzog Ludwig von Zweibrücken beilegt, heißt es:

Zum ersten sol herzog L. sein lehen an der W. empfahen ... von dem pfaltzgrafen und nimmer mehr wider ihn kriegen und hat er ihm zu pfande gesetzt die staette M. etc. Wann herzog L. me wider pfaltzgr. thaete, so sollen ..., die 4 staette auch der pfaltz verfallen sin.

§. 7.

II. Die Satzung als Tauſchgeſchäft.

Die Verabredung, daß das geſetzte Pfand zur Strafe verfallen ſolle, wenn die verſprochene Leiſtung nicht erfolge, konnte nicht blos in dem Sinne getroffen werden, daß ungeachtet des Verfalls der Strafe die verſprochene Leiſtung zu entrichten ſei[1]), ſondern auch in dem Sinne, daß durch das verfallene Pfand die Verbindlichkeit zu der verſprochenen Leiſtung getilgt ſein ſolle. In dieſem Falle war nichts natürlicher, als das Pfand für ein Aequivalent der geſchuldeten Leiſtung anzuſehn, wie auch das römiſche Recht die Konventionalſtrafe in dieſem Falle als das dem Betrage nach feſtgeſtellte Intereſſe der Nichterfüllung auffaßt, welches an die Stelle der geſchuldeten Leiſtung tritt. So konnte neben der Annahme, daß die Satzung ein Strafgeding enthalte, leicht die Auffaſſung Platz greifen, daß auch die Uebergabe einer Sache mit der Beſtimmung, an die Stelle der urſprünglich geſchuldeten Leiſtung als Aequivalent zu treten, Pfandſetzung zu nennen ſei. Nicht ſelten gebrauchen die Urkunden den Ausdruck Pfand oder Unterpfand in dieſem Sinne. Der Ehemann z. B., welcher ſeiner Ehefrau ein Wittum beſtellt, zur Zeit aber über die Wittumsobjekte noch nicht frei verfügen kann, räumt der Ehefrau einſtweilen anſtatt derſelben andere Gegen-

57) Tolner Hist. Pal. nach Potgiesser D. de ind. ac nat. pign. p. 261.
1) Vgl. §. 6.

Digitized by Google

stände pfandweise ein[2]). Oder der Verkäufer weist dem Käufer für den Fall, daß das Kaufobjekt mit Eviktion bedroht werde, statt desselben einen andern Gegenstand als Pfand bis zur Beseitigung des Eviktionsanspruches an[3]). Es liegt hierbei nicht etwa der Gedanke zum Grunde, es bestehe eine Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung der Wittumsverschreibung oder wegen der Eviktion und zur Sicherstellung dieser Forderung werde ein Pfand bestellt; vielmehr wird das Pfand als Aequivalent an die Stelle des ursprünglichen Wittums und Kaufobjekts gesetzt, vorbehaltlich der Befugniß des Pfandgebers, durch Einräumung des letztern das Pfand wieder an sich zu bringen.

Man ging noch einen Schritt weiter in der Ausdehnung des Satzungsbegriffs, indem man nicht blos das Aequivalent für eine geschuldete Leistung, sondern auch dasjenige Aequivalent Pfand nannte, welches als Gegenleistung für eine empfangene Leistung mit dem Beding gegeben wurde, daß dasselbe durch Rückerstattung der empfangenen Leistung oder durch eine verabredete andere Leistung wieder eingelöst werden könne. Versetzte B. dem A., welchem er 100 schuldete, ein Pfand mit der Verabredung, daß dasselbe als Aequivalent der geschuldeten Summe dem A. verfallen sein solle, wenn letztere zur Verfallzeit nicht gezahlt werde, so lag der Gedanke sehr nahe, daß B. die versetzte Sache dem A. an Zahlungsstatt überlasse, oder m. a. W.

2) Urk. 1363 (Wenck Hess. Gesch. II. Urk. Nr. 400). Wir grefe czu C. bekennen .. als der edel unser vater und wir han gewydemet die edele A. unser l. hussfrouwen uff Nyede halb burg und stadt ..., alz .. usz demselben slosze .. alse viele ist virsast, daz sie ire fullen wydemen daran nicht in hat: dorumb so han wir in ire hand gesast und seczin an diesem briefe unser schlosz Cyginhain .... biz daz wir alle gulde halb, die usz der vorg. graffschaft Nyede ist virsast, wyder geloiset.

3) Urk. 1335 (Wenck Hess. Gesch. II. Urk. Nr. 332). Die Grafen J. und B. von Solms verkaufen dem Grafen G. von Nassau einige Dörfer mit dem Zufügen: Ob unse egen. her greve G. oder sine erben geyrret wurden an diesen vorgen. dorffen von Philipps wegen von Solmes, so sollen diese dorff R. und M. (andere, als die verkauften) ir underphand sin also lange, bis daz wir yn die irrunge und die ansprache abe han getan.

Digitized by Google

für den schuldigen Betrag verkaufe, wenn er nicht durch Zahlung der Schuld diesen Verkauf abwende. Derselbe Gedanke angewendet auf den Fall, daß B. dem A. sogleich bei Empfang von 100 das Pfand mit gleichem Gedinge versetzte, führte dahin, das Geschäft so aufzufassen, daß A. für 100 das Pfand, B. 100 für das Pfand erwerbe, und daß bei Einlösung des Pfandes ein gleiches Geschäft nur mit umgekehrten Rollen stattfinde. Anstatt das Geschäft in zwei einseitige Verträge, ein Darlehnsgeschäft und eine Pfandkonvention, zu zerlegen, betrachtete man dasselbe als ein Ganzes, als einen zweiseitigen Vertrag, bei welchem die Hingabe von Geld als Leistung von der einen Seite und die Hingabe des Pfandes als Gegenleistung von der andern Seite in einem synallagmatischen Verhältnisse stehn. Ein solches Geschäft enthielt zunächst der Versatz, sodann auch die Einlösung des Pfandes. Beide Geschäfte erschienen als ein Austausch von Werthen, die Satzung als ein *Tauschgeschäft* im wirthschaftlichen Sinne dieses Ausdrucks, oder, wenn man den Ausdruck Tausch auf das Weggeben von Waaren gegen Waaren beschränken will, als ein *Umsatzgeschäft*.

Belege für diese Auffassung der Satzung enthalten die Urkunden in großer Menge. Sie ergiebt sich vor Allem daraus, daß man den Versatz mit Kauf und Tausch auf eine Linie stellte, ja ihn geradezu einen Kauf, die Einlösung des Pfandes, reluitio, einen Wiederkauf, redemtio, nannte[4]). Unbedenklich wurden die

4) Z. B. Urk. 1233 (Wippermann Reg. Schaumburg. Nr. 117) fructus decime in H. ... 40 marcis arg. impignoravimus; ... si vero redemptioni intendere voluerimus, pretaxatam pecuniam restituemus. Urk. 1260 (daſ. Nr. 167 a) cum curie nostre in V. .... pro 100 marcis ad certum tempus titulo pignoris obligate a nobis redimi non possunt. Urk. 1282 (Wenck Heſſ. Geſch. I. Urk. Nr. 70) theloneum ... titulo justi pignoris obligamus ...; antequam redimatur ... Urk. 1350 (daſ. II. Urk. Nr. 364) obligamus ... partem castri S. ac precariam ... quousque .. redimantur. Urk. 1291 (Liſch Meckl. Urk. II. S. 78) proventus 6 marcarum ... pro prehab. 60 marcis sub ypotheca pignoris assignasse, condicione tali interposita, quod .... redimendi liberum habebunt. facultatem. Urk. 1295 (daſ. I. S. 200) 20 marc. redditus .. obligavi ...; preterea redemptis jam prehabitis redditibus .... Zürich. Urk. 1428 in Zeitſchr. f. ſchweiz. R. IX. 25.

Digitized by Google

Ausdrücke Verkauf und Versatz nebeneinander bei demselben Rechtsgeschäfte angewendet: to weddeschatte verkopen [5]), to wedderkope verpanden [6]), vorkopen und vorsetten [7]). Wo von Erwerbshandlungen im Allgemeinen die Rede ist, z. B. bei der Verabredung einer Erwerbsgemeinschaft [8]), wird neben dem Erwerbe durch Kauf auch die Erwerbung als Pfandschaft erwähnt. Wo von Veräußerungen im Allgemeinen gehandelt wird, z. B. bei Veräußerungsverboten [9]) oder Veräußerungsgestattungen [10]), findet

5) Urk. 1443 (Lisch Meckl. Urk. II. S. 215) vorkopen .. to eneme rechten weddeschattes kope. Urk. 1447 (Haltaus 2093) vorkopen weddeschattes wyse. Urk. 1460 (Lisch a. a. O. S. 224) vorkopen to eneme rechten brukelken weddeschatte.

6) Urk. 1497 (Beil. zu Rostock. Wöch. Nachr. 1823. S. 14) vulborth ... solke pacht den bemelten kalandesherren tho eynem wedderkope tho verpanden.

7) Urk. 1368 über die Verpfändung von Kaiserswerth (Potgiesser de ind. ac nat. pign. p. 211) verkofft und in rechter pfandtz gewiese ingegeven und ingesazt. Urk. 1416 (Lisch Meckl. Urk. II. S. 177) vorkopen und vorzetten 12 sch. lub. weddeschattes in dem dorpe tho P. Urk. 1446 (Zöpfl R. G. 853. N. 11) setzt und verkauft.

8) Urk. 1361 (Wenck Hess. Gesch. II. Urk. Nr. 392). Bei Verabredung einer Ganerbschaft und eines Burgfriedens in Betreff der Burg Niedercleen zu gleichen Hälften bedingen der Landgraf von Hessen und der Graf von Nassau: was vorwert zu Cleen .. veyle wörde, das sollen wir mit eynander kouffen oder verphenden. Wolden aber wir nicht keuffen oder verphenden, so mogte uns vorg. neve (der Graf von Nassau) alleyne keuffen oder verphenden und geben wir yme sin gelt halb wieder binnen 1 jare, so solde er uns daz halb wieder zu kauffe oder zu verphenden geben. Dasselbe sollen wir yme wieder tun. Urk. 1396 (das. Nr. 431). Bei einem ähnlichen Vertrage heißt es: Ouch en sol uns kyner besunden an (ohne) den andern in dem gericht zu K. oder zu G. nicht keuffen oder uff nicht lihen, dann wir sollen ez semptlich mit eyn tun. Unsz wilchir aber daz nicht tun wulde, so mochte ez der ander tun, und sulde doch den, der ez nicht getan hätte, mit dem halffteteil dez geldes komen lazen zu synem teile, als da gekoufft oder virphand were. Ueber die Bedeutung von verphenden vgl. unten §. 8. Note 7.

9) Urk. 1361 (Wenck Hess. Gesch. II. Urk. Nr. 394). Ich H. bekenne .. daz ich den Eychinberg .. den mir myn herre von Hessz (als Leibgeding) verschreben had, wedir vorkoyfin noch vorsetzin sal noch en wil, ich en habe erst dy hube landis gelost, die ich tzu W. vorsatz

Digitized by Google

man den Verkauf und Versatz nebeneinander gestellt. Rechte, welche bei einer Veräußerung durch Verkauf eintraten, erachtete man auch da für begründet, wo eine Veräußerung durch Versatz bewirkt wurde, insbesondere das Vorkaufs- oder Retraktrecht[11]), das Recht auf Entrichtung eines Laudemium[12]). Der Grund, weßhalb man den Versatz als eine Art der Veräußerung betrachtete, lag nicht in der Erwägung, welche im römischen Recht die Aus-

---

habe .. vor 10 marg, dy (d. h. die Hufe) mir oich myn herre von Hessin vorschreben had tzu eynm lipgedinge.

10) Die Geweldigung im Exekutionsverfahren gab die Befugniß, zu versetzen oder zu verkaufen; vgl. oben §. 2.

11) So beim Gauerbenretrakt. Urk. 1370 (Wenck Hess. Gesch. II. Urk. Nr. 389) Urk. 1387 (das. Nr. 427). Bei Verabredung einer Ganerbschaft bezüglich des Schlosses Barchfeld zwischen dem Grafen von Henneberg zu einem, und dem Landgrafen von Hessen zu drei Vierteln wird bedungen: were auch, das wir oder unsze erbin das vorgen. ł ... vorsetzen odir vorkouffin wulden, das sullen wir unszem ohme und sinen erbin ein jar vor anbieden und ym das vorsetzin oder vorkouffin, ob sie iss wullen, nach antzal des kauffis vorgenannt. Desselbin glichin sulde unsze ohme und sin erbin mit ern 3 teilen .. widder thun. Ebenso heißt es in dem Burgfrieden über Schloß Kundorff zwischen dem Bischoff von Würzburg und Eberhard von Romrode von 1419 (Schöttgen und Kreysig Diplom. Nachlese der Historie von Ober-Sachsen II. S. 346). Es sol auch unser dheyner keynen teyl von dem obg. Schlosz K. verkewffin, versezen, noch in dheyner wise verkummern, er habe dann denselben teyl vor dem andern angeboten, und wil dann derselbe dorumb geben, als viel ein anderer ungeverlich, so sol er demselben werden und bliben. Wolte er abir das also nicht, und das dieser den teyl also muste von notdurfft wegen einem andern zu kauff geben oder versezen, so sol doch der, der also zu demselben teyl kumpt, vor diesen burgfride globen und sweren. Urk. 1422 bei Bodmann (unten Note 157) S. 285, worin der Bischoff von Strasburg dem Erzstift Mainz das Näherrecht bei Verpfändungen der Stiftsgüter einräumt.

12) Recht von Günterstthal (Weisth. I. 329). Wil ouch deheiner üt verkouffin, ... üns sol der dritteil werden von den köüffen ... Wer ouch das, das deheiner wölte sin guot versezzen umb phenninge, der sols nüt lenger versezzen danne 2 jar, und versezzet er es lenger, so ist der dritte phenning unser. Recht von Sigmonswald (das. I. 369). Were auch, das jemant dem andern des gotshus gut versatzte und daruf gelt lihe, wenne das überjaret, so soll er ain dritteil davon geben in aller der masse, als ob datzemals des ersten ein kouff beschehen were.

Digitized by Google

dehnung des Veräußerungsbegriffs auf die Begründung von Pfandrechten und anderen jura in re aliena veranlaßt hat. Ebensowenig lag der Grund darin, daß die Verpfändung vermittelst des Distraktionsrechtes des Pfandnehmers zu einem völligen Verluste des Pfandes führen könnte; denn, wie unten zu zeigen ist, die Satzung gewährte dem Pfandnehmer ein Distraktionsrecht nicht. Vielmehr sah man den Versatz deßhalb als Veräußerung an, weil er wie der Verkauf in der Weggabe der Sache gegen Empfang von Geld oder Geldeswerth bestand; man fand in der dem Verpfänder verbleibenden Einlösungsbefugniß ein Hinderniß für die Auffassung des Versatzes als Veräußerung ebensowenig, wie beim Verkaufe in dem Vorbehalte des Wiederkaufsrechtes.

Wenn gleich ein jeder Versatz als Veräußerung erschien, so konnte doch je nach der Absicht der Vertragschließenden in verschiedener Weise die Veräußerung eintreten. Entweder wurde die Veräußerung nur eventuell vorgenommen, indem der Pfandgeber dem Pfandempfänger zunächst nur den Besitz des Pfandes, das Eigenthum desselben aber erst für den Fall einräumte, daß nicht binnen der verabredeten Zeit die Rückzahlung der Pfandsumme stattfinde. Diese Art des Versatzes war bei Mobilien üblich und schloß sich am nächsten an die Satzung in der Bedeutung eines Strafgedinges an. Oder die Veräußerung war sofort wirksam, indem mit dem Besitze des Pfandes auch die Nutznießung auf den Pfandempfänger so lange übertragen wurde, bis der Verpfänder durch Rückzahlung der Pfandsumme das Pfand wieder an sich bringe. Diese Art des Versatzes war bei Immobilien gebräuchlich; sie schloß sich an die Satzung in der Bedeutung eines Strafgedings unverkennbar an, wenn verabredet war, daß das Pfand dem Empfänger zum Eigenthum verfallen solle, falls nicht binnen der verabredeten Zeit die Einlösung desselben erfolge. Es wurde aber auch dann, wenn diese Verabredung fehlte, das Geschäft als Versatz betrachtet; bei dieser Gestaltung tritt die Verwandtschaft des Versatzes mit dem Strafgedinge mehr zurück.

Digitized by Google

Zu welcher Zeit diese Art von Tauschgeschäften bei den germanischen Völkern zuerst in Gebrauch gekommen sei, ist nicht einmal ungefähr zu bestimmen. Unbedenklich kann man annehmen, daß der Versatz von Mobilien früher gebräuchlich war, als die Immobiliarsatzung, da jenes Rechtsgeschäft sich enger als letzteres an die in den Volksrechten vorkommende Satzung in der Bedeutung eines Strafgedinges anschließt. Aus einem Konzilienbeschluß des siebenten Jahrhunderts[13]) und aus Kapitularien des neunten Jahrhunderts[14]) geht hervor, daß der Versatz von Mobilien als Mittel zur Anschaffung von Kapitalien damals bereits in Uebung war. In Betreff der Immobiliarsatzung ist die auffallende Erscheinung zu bemerken, daß Formulare zu solchen Geschäften schon in den ältesten, zum Theil dem siebenten Jahrhundert angehörigen Formelsammlungen enthalten sind[15]), Urkunden über wirkliche Satzungsgeschäfte aber erst aus dem zwölften Jahrhundert vorliegen[16]). Gewiß würden Formulare für derartige Geschäfte nicht abgefaßt worden sein, wenn sie in Wirklichkeit nicht vorgekommen wären. Der Inhalt der Formulare beweist, daß sie nicht Verpfändungen im römischen Sinne behandeln, sondern Geschäfte von wesentlich gleichem Inhalt, wie er in den Pfandurkunden des zwölften und der folgenden Jahrhunderte vorliegt. Alle Formulare unterstellen den Fall, daß Einer dem Andern eine Summe Geldes auf eine bestimmte Anzahl von Jahren als Darlehn (beneficium) giebt, der Darlehnsempfänger dem Darleiher dagegen ein Grundstück (vinea, locellus) auf dieselbe Zeit zur Benutzung überläßt, mit der Verabredung, daß nach Ablauf der bedungenen Zeit der Eine das Geld, der Andere das Grundstück zurückgeben soll. Ueber dieses Geschäft stellt der Darlehnsempfänger eine Schuld- und Pfandverschreibung (cautio) aus, worin es heißt:

13) Vgl. oben §. 1. Note 27.

14) Cap. 814. c. 1. (Legg. I. 194). Anseg. I. c. 88. (ib. I. 284).

15) Vgl. oben §. 1. Note 28.

16) Die Urk. 1044 bei Kraut Grdr. Aufl. 4. Nr. 9. betrifft einen Kauf auf Wiederkauf.

Digitized by Google

Propterea obpingero tibi vinea proprietatis meae .. (ita ut) usque annos tantos fructum quem ibidem Deus dederit ad parte tua ... habere debeas et per temet ipsum ipsa vinea condirgere facias, et quomodo ipsus fructus tantos annos transhactus habueris et debito tuo tibi reddidero, cautione mea per manibus recipiam [17]).

Et in pignore tibi condicionis demitto tibi pro ipso beneficium inter annus tantus vinia etc. [18]).

Et ego pro hujus merito beneficii obpignoro vobis locellum, rem proprietatis meae etc. [19]).

In einem Formular wird für den Fall, daß das Darlehn nicht zur bedungenen Zeit zurückgezahlt werde, die Erhöhung der Schuld auf das Doppelte als Strafe bedungen:

Et si neglegens aut tardus exinde apparuero, suprascriptum debitum tuum in duplum partibus tuis sum redditurus [20])

in einem andern für denselben Fall festgesetzt, daß die Schuld verdoppelt, das Grundstück aber dem Darleiher nochmals auf die ursprünglich bedungene Frist als Pfand verbleiben, dagegen ihm als Eigenthum verfallen soll, wenn nach Ablauf der verdoppelten Frist die Rückzahlung des Darlehns nicht stattfinde:

Et si ... necglegens inde apparuero, praedictas res usque ad alios jam dictos annos tenere et usurpare faciatis, et ego ad decem expletos annos praedictum debitum in duplum reddam. Quod si hoc facere noluero, tunc ipsas res, quod in caucione dedi, jure proprietario in vestra faciatis revocare potestate vel dominatione perpetuali ad possidendi vel ad faciendi exinde in omnibus quidquid volueritis [21]).

Die Beifügung der lex commissoria, die Verdoppelung der Schuld wegen Verzugs und der Mangel einer Bestimmung, daß die Früchte auf Zinsen und Kapital oder auf die Zinsen allein

17) Rozière I. nr. 374.
18) Daſ. nr. 375.
19) Daſ. nr. 376, 377.
20) Daſ. nr. 376.
21) Daſ. nr. 377.

Digitized by Google

abgerechnet werden ſollen, bezeichnen zur Genüge den nicht römiſchen, ſondern germaniſchen Charakter des Geſchäfts. Eine Einwirkung des römiſchen Rechtes tritt dagegen in der Auffaſſung und Darſtellung des Verfaſſers hervor, der, wahrſcheinlich geiſtlichen Standes, das römiſche Recht kennen mochte und wohl durch die Aehnlichkeit des Geſchäfts mit einer römiſchen Antichreſis veranlaßt wurde, daſſelbe in zwei Geſchäfte, ein Darlehn und eine Verpfändung, zu zerlegen. Dieſe Auffaſſung kann aber nicht die allgemeine oder auch nur die herrſchende im Verkehr geweſen ſein, da ſie bis zum zwölften Jahrhundert in den Urkunden nicht hervortritt. Vielmehr werden Geſchäfte des in den Formeln angegebenen Inhalts in den Urkunden als zweiſeitige Verträge und zwar als Verkauf der Sache mit Vorbehalt des Wiederkaufs aufgefaßt, bis ſeit dem zwölften Jahrhundert neben dieſer Auffaſſung eine andere, die Unterſtellung des Geſchäfts unter den Satzungsbegriff, ſich geltend macht[22]). Die Formeln können demnach nicht als Beweis dafür geltend gemacht werden, daß das deutſche Recht ſchon im ſiebenten Jahrhundert von einer ähnlichen Auffaſſung des Pfandrechtes, wie das römiſche Recht, ausgegangen ſei.

Es iſt nicht anzunehmen, daß die germaniſchen Völker das Verſatzgeſchäft aus einem fremden Rechte entlehnt haben. Die Behandlung deſſelben iſt ſo verſchieden von der Behandlung des Pfandrechts im römiſchen und jüdiſchen Rechte[23]), daß die Annahme ausgeſchloſſen iſt, es ſei daſſelbe von den Römern entlehnt oder von den Juden, in deren Händen das Leihen auf Pfänder während des Mittelalters größtentheils ſich befand. Der zunehmende Geldverkehr führte von ſelbſt zu dieſem Geſchäfte. Die regelmäßige Veranlaſſung der Satzung beſteht darin, daß Jemand Geld, das er zur Beſtreitung irgend eines Bedürfniſſes bedarf, nicht ſelbſt beſitzt und daher von einem

22) Ueber den Unterſchied zwiſchen Kauf auf Wiederkauf und Satzung ſ. unten Note 306 ff.

23) Michaelis Moſ. Recht III. 61. Faſſel Moſ. rabbiniſches Civilrecht 1852. I. 225.

Digitized by Google

Andern anzuschaffen sucht. Das Geld auf persönlichen Kredit aufzunehmen, mußte im Mittelalter schwerer gelingen, als heutigentags. Bei dem damaligen Beweissystem, welches dem Schuldner in der Regel gestattete, sich der Verurtheilung durch den Eid der Nicht-Schuld zu entziehen, und bei dem damaligen Erbrechte, nach welchem der Erbe nur unter Beschränkungen für die Schulden des Erblassers haftete, war das Leihen auf den bloßen Personalkredit des Schuldners noch mehr als jetzt ein gewagtes Geschäft. Die Sicherung des Gläubigers durch Stellung von Bürgen war nicht möglich, wenn sich Niemand bereit fand, die Bürgschaft zu übernehmen, und wenn sich ein Bürge fand, so gewährte doch die Bürgschaft keine vollkommene Sicherheit, zumal da die Bürgschaftsschuld auf die Erben des Bürgen nicht überging. Unter solchen Umständen blieb dem Geldsuchenden nichts übrig, als eine Sache von entsprechendem Werthe zu verkaufen oder, wenn er sich derselben nicht für alle Zeit entäußern wollte, sie mit Vorbehalt des Wiederkaufs zu verkaufen oder zu versetzen. Verkauf auf Wiederkauf und Satzung waren daher die Tauschgeschäfte, durch welche im Mittelalter die Nachfrage nach Geld vorzugsweise befriedigt wurde. Unter dem wirthschaftlichen Gesichtspunkte stehen beide Geschäfte einander wesentlich gleich. Es kann daher nicht befremden, daß man bei Abschluß der Rechtsgeschäfte auch die rechtliche Grenze zwischen beiden nicht überall scharf gezogen findet, so daß es oft zweifelhaft ist, welches von beiden die Vertragschließenden beabsichtigt haben [24]).

Wie die Satzung in der Bedeutung eines Strafgedings keineswegs wesentlich ein Obligationsverhältniß voraussetzte, auf welches die Verabredung der Konventionalstrafe sich bezog, so war auch die Satzung in der Bedeutung eines Tauschgeschäfts nicht durch die Existenz eines anderweiten Obligationsverhältnisses bedingt. Wenn Jemand durch Versatz eines Vermögensstückes Geld anzuschaffen suchte, so konnte es geschehen, daß er sich bei Empfang des Geldes und Hingabe des Pfandes durch ein Ver-

24) Vgl. Plainer Der Wiederkauf in der Zeitschr. für R. G. IV. 126. Neumann Gesch. des Wuchers 191.

Digitized by Google

ſprechen (Gelöbniß, Schuldbekenntniß, Schuldverſchreibung) zur Rückzahlung des empfangenen Geldes verpflichtete. Es konnte aber auch geſchehen [25]), daß er keine Verpflichtung zur Zurückzahlung des Geldes übernahm, ſondern daß ihm nur die Befugniß eingeräumt wurde, durch Rückerſtattung des Empfangenen den verſetzten Gegenſtand wieder einzulöſen, eine Befugniß, welche ſich bei der Satzung auch ohne ausdrückliche Verabredung von ſelbſt verſtand. Man darf annehmen, daß das letztere Verfahren dann eingeſchlagen wurde, wenn der Werth des Pfandes den Betrag des dafür gezahlten Geldes erheblich überſtieg; denn während der Pfandnehmer in dieſem Falle keine Gefahr lief, wenn ſchon der Pfandgeber ſich nicht zur Zurückzahlung verpflichtete, ſo war andererſeits der Pfandgeber auch ohne Uebernahme einer Verpflichtung zur Rückzahlung ſchon durch ſein eignes Intereſſe zur Einlöſung des Pfandes veranlaßt. Es war für das Satzungsgeſchäft gleichgültig, ob der Pfandgeber blos das Recht hatte, das Pfand wieder einzulöſen, oder ob er zu der Leiſtung, durch welche die Einlöſung bewirkt werden konnte, auch verpflichtet war. Was die Rechte aus der Satzung betrifft, ſo waren ſie in beiden Fällen dieſelben; und was das Aufhören dieſer Rechte durch Einlöſung betrifft, ſo kam es nur darauf an, daß die Leiſtung ſtattfand, gegen welche das Pfand zurückgegeben werden mußte, nicht aber darauf, ob dieſe Leiſtung freiwillig oder nothwendig erfolgte. Die Erfüllung der Verbindlichkeit kam für das Pfand nicht als ſolche in Betracht, ſondern als Erfüllung der Bedingung, unter welcher die Rückgabe des Pfandes gefordert werden konnte. Sie wirkte für das Pfand nicht anders, als die Erfüllung derjenigen Bedingung der Rückgabe, welche auf eine der Willkür des Pfandgebers überlaſſene Leiſtung geſtellt war.

Da die Satzung ein Forderungsrecht nicht vorausſetzte, ſo kann nicht geſagt werden, daß ihr Zweck darin beſtand, die Befriedigung des Gläubigers ſicherzuſtellen. Es iſt überhaupt unpaſſend, bei dieſer Art der Satzung von dem Pfandgläubiger

25) Daß es in den meiſten Fällen geſchah, nimmt auch Neumann Geſch. des Wuchers 192 an.

Digitized by Google

oder Pfandschuldner zu reden. In den Urkunden heißt der Pfandnehmer zuweilen der Pfandherr, der Pfandgeber der Erbherr[26]) oder rechte Herr[27]); gewöhnlich aber werden beide durch eine Umschreibung bezeichnet, und jene Ausdrücke findet man nur da, wo eine Herrschaft den Gegenstand der Verpfändung bildet.

Es fällt der heutigen, an den römischen Pfandbegriff gewöhnten Vorstellungsweise schwer, sich in den Gedanken eines Pfandrechts ohne Forderungsrecht hineinzufinden. So kann z. B. Wyß[28]), der im Uebrigen die Satzung sehr richtig würdigt, sich doch von der Vorstellung nicht trennen, daß kein Pfandrecht ohne Forderungsrecht bestehe, dessen Verhältniß zum Pfandrechte er übrigens vom römischen Rechte abweichend folgendermaßen darstellt: „Das Charakteristische dieser (ältern deutschen) Satzung im Gegensatz zu dem neuern der römischen Hypothek gleichartigen Pfandrechte besteht darin, daß die erstere nicht blos ein accessorisches Recht an dem Pfande verschafft zu dem alleinigen Zwecke, Sicherheit für eine Forderung zu geben, sondern vielmehr in Folge einer Art von Kauf ein nutzbares Recht an dem zu Pfand gesetzten Grundstücke dem Creditor als Gegenwerth seiner Geld-

26) Urk. 1461 (Wenck Hess. Gesch. III. 259). In einem Vertrage, welchen der Graf Philipp von Katzenelnbogen, Gottfried von Eppenstein, Eberhard von Königstein und Graf Kuno von Solms mit dem Nonnenkloster Altenmünster schließen, heißt es: nachdem der obgen. jungherr Gottfridt eyn *erbherr* zu demselben dorff zu C. und die andern obgen. herren und jungherren *pfandherrn* daselbst seint; und am Ende: disser zettel dry hant die jungfrawen eynen, die ptantsherren eynen und der erbherr eynen.

27) Urk. 1356 (Beil. zu Rostock. Wöch. Nachr. 1824. S. 175). Als die Herzöge von Mecklenburg Stadt und Land Plau von den Herren von Werle-Güstrow pfandweise erwarben und von ratman und menheyt der stad, sowie von den man des landes tu Plawe die Pfandhuldigung einnahmen, heißt es von dieser: de se uns na hete und wlbort unser leven bolen jungherre Nicolaus und Berendes (der Herrn Nikolas und Bernhard von Werle-Güstrow) *erer rechten heren* hebben sworen und bebrevet hebben tu eneme rechten pande.

28) Geschichte des Concursprozesses der Stadt und Landschaft Zürich S. 66. Derselbe in der Zeitschr. für schweiz. Recht IX. 24.

Digitized by Google

leiſtung anweiſt, die Bezahlung der Schuld daher nur als eine Wiederauslöſung dieſes Rechtes betrachtet. Das Grundſtück ſelbſt wird der wahre Schuldner. Daraus folgt, daß der Gläubiger lediglich auf dem Pfande ſeine Befriedigung zu ſuchen hat und nicht über daſſelbe hinaus greifen kann; daß ferner eine Trennung der Perſon des Schuldners von dem Inhaber des neben dem Pfandrecht noch ſtehenbleibenden Rechtes an dem Grundſtück nicht denkbar iſt". Dieſe Auffaſſung des Satzungsrechtes iſt nicht haltbar, wenn daſſelbe ein Forderungsrecht nicht vorausſetzt, was nunmehr aus den Urkunden darzulegen iſt.

Zunächſt iſt auf die große Menge von Pfandbriefen zu verweiſen, welche ein Forderungsrecht überall nicht erwähnen, weder als bisher beſtehend, noch als bei der Satzung entſtehend, noch auch nur als ein ſolches, deſſen künftige Entſtehung in Ausſicht ſei. Des nebenſächlichen Inhalts entkleidet enthalten die meiſten Pfandurkunden blos den Satz: A. ſetzt dem B. für die Summe x. den Gegenſtand z. zum Pfande [29]), oder: A. giebt den Gegenſtand z. als Pfand, wogegen B. die Summe x. zahlt [30]). Der Pfandſchilling wird in den Pfandbriefen in derſelben Weiſe und mit denſelben Wendungen erwähnt, wie in den Kaufbriefen der Kaufſchilling [31]), nämlich als Gegenleiſtung für das Kauf- oder

29) Z. B. Urk. 1256 (Wenck Heſſ. Geſch. II. Urk. Nr. 154). Nos fratres .. nobiles de P. .. ecclesiae et conventui in H. 7. mansos nostrae proprietatis ... pro 81. marcis examinate pecunie titulo pignoris ... obligavimus. Urk. 1350 (daſ. Urk. Nr. 364). Nos C. nobilis dominus de S. ... obligamus ... Paterbornensis ecclesiae episcopo ... ½ castri S. ... pro 100 marcis argenti puri .. pro nobis apud B. de A. per eosdem traditis ac solutis; u. dgl.

30) Z. B. Urk. 1370 (Beckmann Anhalt. Hiſt. III. S. 336). Wy A ... grave to Lindow bekennen .. dat wy ... Johann graven to Anhalt .... hebben geset und setten in diesem breve dat hues to Lindow ... tu einem rechten pande und willen des ohm eine gewehre sein; davor he unss gedan heffi 1300 mark Brandenb. silvers und gewichtes, die wy von öhme redt genommen und uffgeböret hebben nach genüge und hebben si in unsem nudt gekert.

31) Z. B. als B. von R. mit ſeinen Söhnen den Rathmannen zu Plau zwei Hufen verſetzte, ſodann zwei Hufen verkaufte, heißt es faſt wörtlich gleich-

Pfandobjekt. Dagegen ist von der Rückzahlung desselben entweder gar nicht die Rede, oder nur in Gestalt einer dem Pfandgeber eingeräumten Einlösungsbefugniß. Besonders bezeichnend ist es, daß die zuweilen vorkommende Verabredung, auf Verlangen des Pfandnehmers müsse der Pfandgeber einlösen, als pactum de retroemendo gedacht wird, so daß der Pfandgeber nicht etwa zur Rückzahlung des empfangenen Geldes als eines Darlehns, sondern zum Wiederkauf des als weddeschatt verkauften Gegenstandes verpflichtet [32]), und für den Fall der Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit dem Pfandnehmer nicht etwa die Darlehnsklage, sondern ein Anspruch auf Ersatz des durch Nichteinlösung erlittenen Schadens zugestanden wird [33]).

Der schlagendste Beweis ergiebt sich aus den Pfandurkunden, welche erwähnen, daß bis dahin ein Schuldverhältniß bestanden habe, daß aber die Schuld durch die Pfandsetzung getilgt sein solle. Wenn ein Schuldner seinem Gläubiger ein Pfand setzte, so konnte der Wille der Vertragschließenden dahin gerichtet sein, daß die Schuld fortbestehen solle, sei es daß sie durch die Pfand-

---

lautend in dem Pfandbriefe von 1375 (Beil. zu Rostock. Wöch. Nachr. 1824. S. 178):

dad wy ... laten hebben unde laten ... thu eneme rechten weddescatte vor 15 mark lub. penn., de my thu ende vrundliken bered synd

und in dem Kaufbriefe von 1376 (das. S. 182):

dad ik ... vorkoft hebben .. vor 25 mark lub. penn., de my thu danke bered zynd.

32) Urk. 1365 (Rudolphi Gotha dipl. V. 211). Beim Versatz der Veste Elgersburg bedingen die Grafen von Henneberg als Verpfänder und der Markgraf von Meißen als Pfandnehmer gegenseitig das Recht der Lösung nach vorgängiger vierteljähriger Kündigung. Urk. 1336 (Wippermann Urk. von Obernkirchen Nr. 220).

33) Urk. 1415 (Schöttgen et Kreysig Diplomatarium I. p. 76) und wenn sy auch irs gelts nicht lenger entpern wellent, und das an uns vordernt, so sullen wir sy unverzogenlich umb das obgenant ausrichten und wern .... Tun wir des nicht oder das wir sy umb das obg. gelt nicht ausrichten in der weis als vor begriffen ist, welchen schaden sy des nemen hintz christen oder juden .. den lob wir in gentzlich abzelegen.

Digitized by Google

nutzungen abgetragen wurde, sog. Satzung auf Todschlag, oder daß das Pfand dem Gläubiger zur Sicherstellung seiner Forderung als ein Exekutionsobjekt für den Fall der Beitreibung der Schuld angewiesen wurde, sog. Satzung um Schuld; hiervon wird später die Rede sein [34]). Der Wille der Vertragschließenden konnte aber auch dahin gehen, daß die Schuld durch die Satzung wie durch eine Hingabe an Zahlungsstatt abgethan sein solle, so daß der bisherige Schuldner fortan nicht mehr zur Leistung verpflichtet blieb, sondern nur berechtigt war, das Pfand durch die bisher geschuldete Leistung wieder einzulösen. Dasselbe Rechtsverhältniß, welches eingetreten wäre, wenn der Schuldner seine Sache bei einem Dritten versetzt und das hierdurch gewonnene Geld zur Befriedigung des Gläubigers verwendet hätte, trat auch dann ein, wenn er die Sache dem Gläubiger selbst zum Zwecke seiner Befriedigung versetzte. Hierbei konnte es geschehen, daß die Summe, für welche dem Verpfänder die Wiedereinlösung des Pfandes gestattet wurde, mehr betrug, als die bisherige Schuldsumme, ohne daß bezüglich des Mehr eine neue Verbindlichkeit übernommen wurde. Zum Belege mögen aus vielen Beispielen einige folgen.

Adolph von Nassau, welcher dem Grafen von Katzenelnbogen 500 Mark Silbers schuldet, verpfändet ihm *zum Abtrag* dieser Schuld und der aus dem Verzuge erwachsenen Schädensansprüche Burg und Stadt E. mit der Befugniß, sie für 1000 Mark wieder einzulösen [35]).

Derselbe verpfändet dem Erzbischoff von Mainz, um ihm den Schaden *zu ersetzen*, welchen er durch Auslagen bei Besorgung von Reichsangelegenheiten und durch die Nichtentrichtung der ihm gebührenden decima sturarum Judaeorum erlitten,

34) Vgl. unten §. 7. Note 443. und §. 8.

35) Urk. 1296 (Wenck Hess. Gesch. I. Urk. Nr. 98) eidem *cum in solutionem dictarum 500 marcarum, tum in recompensationem damnorum*, quae hucusque ex negligentia solutionis per nos faciendae incurrit, castrum et oppidum E. ... pro 1000 marcis argenti obligavimus.

Digitized by Google

500 Mark Rente mit Vorbehalt des Rechts, sie für 5000 Mark wieder einzulösen[36]).

Das Erzstift Mainz, welches den Gebrüdern von Schweinsberg Vergütung von Dienstleistungen und Schadensersatz schuldet, versetzt denselben gegen ihren Verzicht auf die gedachten Forderungen das Gericht B., so daß ihm die Einlösung für 150 Mark Silbers und 200 Pfund Heller, welche Summe nach Schätzung der bisherigen Gläubiger ihren Ansprüchen gleichkommt, vorbehalten bleibt[37]).

Dasselbe Stift versetzt dem Ritter von Ellerhusen, der an dasselbe aus Darlehn und andern Schuldgründen 2000 Pfund Heller und 400 Mark Brab. zu fordern hat, die Veste E. „für das Gelt und die Schulde zumale" mit dem Zusatze, daß derselbe sein Geld dennoch fordern könne, wenn ihm die Pfandschaft ohne seine Schuld verloren gehe, woraus erhellt, daß abgesehn von diesem Falle die Forderung durch Einräumung der Pfandschaft abgethan sein sollte[38]).

K. Wenzel verpfändet dem Burchard von Winterberg *pro debitis ac servitiis* Burg und Stadt P. und die Vesten K. und

36) Urk. 1297 (Boehmer Cod. dipl. Moenofranc. I. 312) nos super dampnis hujusmodi volentes principi nostro pred. *restaurum facere et compensam*, eidem 5000 marc. Col. den. ... liberaliter duximus largiendas. Et quia ad presens pecuniam non habuimus in parato, sibi redditus 500 marc. pred. mon. duximus assignandum ... Die Verpfändung von 500 Mark Rente wird in folgender Weise bewerkstelligt: pro quarum 200 marcis partem ungelti ad nos in Frankenfurt spectantem, pro residuis vero 300 marcarum redditibus Judaeos nostros ibidem ... titulo pignoris obligamus.

37) Urk. 1329 (Wenck Hess. Gesch. I. Urk. Nr. 307) nos fratres de Sweinsberg recognoscimus .. quod ... Moguntine Sedis provisor ac defensor pro servitiis .. et pro universis dampnis ... nec non pro aliis impeticionibus quibuslibet nobis .. competentibus, *quibus omnibus ... renunciamus*, jurisdictionem suam B. obligavit, per nos tenendam et habendam tam diu, donec ... pro pred. summa .. redimatur.

38) Urk. 1329 (Wenck Hess. Gesch. II. Urk. Nr. 309). Und geschee es also, das mir oder myn erben das husz abginge von des stiffts halben und ane unser schulden, damit sollen wir unser gelt nit verliesen, sunder der stifft sal es uns rechten als vor.

Digitized by Google

L. unter Vorbehalt des Rechtes, daß er und seine männlichen Leibeserben für 6000, ein anderer Regierungsnachfolger dagegen für 10,000 Schock Prager Groschen das Pfand wieder einlösen dürfe [39]).

Die Urkunden liefern demnach den Beweis, daß die Existenz eines Forderungsrechtes keineswegs eine wesentliche Voraussetzung des Satzungsgeschäftes bildete. In den Rechtsbüchern darf man ein ausdrückliches Anerkenntniß dieses allgemeinen theoretischen Satzes nicht suchen. Dagegen finden sich in den Rechtsbüchern einzelne Folgesätze anerkannt, welche auf jenen Grundsatz zurückzuführen sind, daher mittelbar den Grundsatz selbst beweisen.

Wenn es möglich war, daß eine Satzung stattfand, ohne daß ein anderweites Obligationsverhältniß zwischen dem Pfandnehmer und Pfandgeber oder zwischen dem Pfandnehmer und einem Dritten bestand, so müssen, wo wirklich ein solches Obligationsverhältniß nicht existirte, folgende Sätze gegolten haben:

1) Der Pfandnehmer hatte kein Recht, von dem Pfandgeber unter Rückgabe des Pfandes die Rückzahlung des Pfandschillings zu fordern. Diese Forderung hätte so wenig rechtlichen Grund gehabt, wie die Forderung des Käufers, daß Verkäufer ihm gegen Rückgabe der gekauften Sache das Kaufgeld zurückzahle, bei einem Kaufgeschäfte, bei welchem der Verkäufer sich den Wiederkauf vorbehalten hatte.

2) Verkaufte der Pfandnehmer das Pfand, — einstweilen vorausgesetzt, daß ihm das Recht des Verkaufes zustand —, so konnte er, wenn der Kaufpreis den gegebenen Pfandschilling nicht erreichte, die Erstattung des Ausfalls von dem Pfandgeber nicht fordern.

3) Ging das Pfand im Besitze des Pfandnehmers durch Zufall unter, so traf der Schaden den Pfandnehmer, da er die Rückzahlung des Pfandschillings von dem Pfandgeber nicht fordern konnte. Es traf aber möglicherweise auch den Pfandgeber ein Schaden. Denn mit Untergang des Pfandes ging die Möglichkeit

39) Urk. 1396 (Heckel Hist. Beschr. der Festung Königstein 1736. 4. S. 19).

Digitized by Google

der Wiedereinlösung desselben verloren. Hieraus ergab sich nicht mit Nothwendigkeit ein Schaden für den Pfandgeber. War der Pfandschilling, den er empfangen hatte und zu dessen Rückzahlung er nicht angehalten werden konnte, dem Werthe des Pfandes mindestens gleich, so traf ihn kein Nachtheil. War aber, was als faktische Regel anzusehen ist, das Pfand mehr werth, als der Pfandschilling betrug, so gereichte der Untergang des Pfandes auch dem Pfandgeber zum Schaden.

Alle diese aus dem vorangestellten Grundsatze abzuleitenden Folgesätze finden in den Rechtsbüchern in der That ihre Bestätigung.

In Betreff des ersten Satzes enthält das Rechtsbuch nach Distinktionen [40]), indem es das Pfand, darczu gelobit ist, von dem Pfande, welches ohne Zahlungsversprechen versetzt ist, unterscheidet [41]), folgenden Ausspruch:

beduchte nu eyn cristen, daz sine phant erger wern worden unde wolde der darumbe nicht losen *unde had der cristen dorczu globet*, so mag der jodde clagen *umbe daz gelobede.*

Unzweideutig ist hiermit ausgesprochen, daß dem Pfandnehmer keine Klage auf den Pfandschilling zusteht, wenn der Pfandgeber die Zahlung nicht versprochen hat. Man hat hierin eine Singularität des Rechtsbuchs nach Distinktionen oder des Judenrechts finden wollen [42]). So lange aber die Möglichkeit vorliegt, den Ausspruch des Rechtsbuchs mit sonst anerkannten Rechtsgrundsätzen in Einklang zu bringen, wird die Annahme einer unerklärten Singularität zu verschmähen sein. Insbesondere ist es unwahrscheinlich, daß jüdische Pfandinhaber in der fraglichen Hinsicht ungünstiger beurtheilt worden seien, als christliche. Wie groß auch in andern Beziehungen die Zurücksetzung der Juden gegen die Christen im Rechte des Mittelalters war, gerade in

40) Verm. Ssp. III. 17, 19.

41) Verm. Ssp. III. 17, 15: alle pfand, dy der jodde innempt ...; daz ist gered umbe phant, do nicht zcu gelobet ist. 16: had eyn jode pfand, darzcu gelobit ist ...

42) Gerber in Jahrbb. für Dogm. VI. 276.

Betreff des Leihens auf Pfänder erscheinen sie den Christen nicht blos gleichgestellt, sondern begünstigt[43]).

Auch der zweite der obigen Folgesätze ist in dem Rechtsbuch nach Distinktionen anerkannt[44]):

had eyn jode pfand, darczu gelobit ist, der mag jenen umme daz gelobede beclagen an gherichte. Bekennet her, daz her globet had zcu deme phande, so sal man ome helfen czu deme phande, ab iz czu korcz ist. Spricht jener, her habe ome nicht globet czu deme phande, so gebare der jode mid deme phande, alz vor geschrebin ist.

Nachdem in der vorhergehenden Distinktion 15 ausgeführt ist, daß der Pfandinhaber das Pfand, wenn es ungeachtet des Anbietens und Aufbietens nicht eingelöst worden, in seinen Nutzen wenden dürfe, geht die Distinktion 16 zu der Frage über, ob der Pfandinhaber, wenn das Pfand czu korcz ist, d. h. wenn der Werth desselben den Betrag des Pfandschillings nicht vollständig deckt, das Fehlende im Wege der Klage und Hülfsvollstreckung beitreiben könne. Die Frage wird bejaht, falls darczu gelobit ist, d. h. wenn beim Versatze die Rückzahlung des Pfandschillings versprochen worden ist; alsdann soll man ihm czu dem phande, d. i. neben dem Pfande, so weit als zur Berichtigung der Schuld nöthig ist, durch Hülfsvollstreckung helfen. Der entgegengesetzte Fall, daß ein Zahlungsversprechen nicht geleistet worden, ist zwar nicht ausdrücklich erwähnt, wohl aber der demselben gleichzuachtende Fall, daß der Pfandinhaber das Zahlungsversprechen behauptet, der Beklagte aber dasselbe eidlich ableugnet und hierdurch einer Verurtheilung entgeht; in diesem Falle soll der Pfandinhaber verfahren, alz vor, nämlich in Distinktion 15, geschrebin ist: er soll das Pfand in seinen Nutzen wenden und sich damit begnügen. Es ist demnach das Klagerecht des Pfandinhabers für diesen Fall nicht etwa blos unerwähnt geblieben, sondern abgesprochen. Es kann daher

43) Vgl. Neumann Geschichte des Wuchers S. 296 ff. S. 384 ff. Endemann Die nat. Grdf. der canon. Lehre S. 37 ff.

44) Verm. Sfp. III. 17, 16.

Digitized by Google

nicht gesagt werden, dasselbe sei als begründet vorausgesetzt, aber deßhalb unerwähnt geblieben, weil in der Regel der Werth des Pfandes größer war, als der Betrag des Pfandschillings, so daß für eine Restforderung thatsächlich keine Veranlassung vorlag[45]). Gerade diese Stelle anerkennt unverkennbar die Möglichkeit eines Pfandverhältnisses ohne ein dadurch sicherzustellendes Obligationsverhältniß.

Was endlich drittens den Fall des zufälligen Unterganges des Pfandes betrifft, so sagt der Sachsenspiegel an einer oft besprochenen Stelle[46]) von dem Pfandnehmer, bei welchem ein versetztes Thier gestorben ist:

he ne gilt is nicht, he hevet aber verloren sin gelt, dar it ime vor stund

und es ist dieser Satz in andere Rechtsbücher[47]) und Stadtrechte[48]) übergegangen. Der erste Theil dieses Ausspruchs: der Pfandnehmer hat den Werth des gestorbenen Thiers dem Pfandgeber nicht zu bezahlen, wird unten erörtert werden[49]). An dieser Stelle interessirt unmittelbar der zweite Theil des Ausspruchs: der Pfandnehmer verliert das für das Pfand gegebene Geld, wenn das Pfand zufällig untergeht.

Die älteren Germanisten[50]) nahmen an diesem Satze nicht allein keinen Anstoß, sondern fanden darin einen Hauptbeweis für die Richtigkeit ihrer Annahme, daß beim deutschen Pfandrechte der Pfandnehmer das Eigenthum des Pfandes erlange, indem der Verlust des Pfandschillings sich daraus erkläre, daß der Pfandnehmer die Gefahr des Zufalls trage, die Belastung des Pfandnehmers mit dieser Gefahr aber auf dem Grundsatze

45) Dies gegen Gerber in Jahrbb. für Dogm. VI. 277.

46) Ssp. III. 5. §. 5.

47) Dsp. 205. Schwsp. 258. (Kulm. V. 34). Berm. Ssp. IV. 42, 20.

48) Hamb. St. R. 1270. XII. 12. (wo statt anders zu lesen ist aver, vgl. St. R. 1292. P. XII, Hamb. Lüb. R. III. 404). Magd. St. R. 1304. §. 88. (Gaupp 300).

49) Vgl. Note 342 u. fgg.

50) Gundling (oben S. 8. N. 14) §. 83. p. 71. Meiern (oben S. 11. N. 29) §. 14. S. 32. Zuletzt noch Madai in Zeitschr. für D. R. VIII. 288.

Digitized by Google

casum sentit dominus beruhe. Diese Erklärung würde selbst dann Bedenken erregen, wenn es wahr wäre, daß der Pfandnehmer das Eigenthum am Pfande habe [51]); mit dieser gegenwärtig allgemein für irrig erkannten Voraussetzung fällt dieselbe von selbst weg.

Diejenigen Germanisten, welche den Pfandnehmer nicht als Eigenthümer des Pfandes ansehen, beharren dennoch größtentheils bei der Meinung, daß der Verlust des Pfandschillings, worunter sie den Verlust des Forderungsrechts verstehen, auf der im deutschen Rechte angenommenen Haftung des Pfandnehmers für den Zufall beruhe [52]). Gesetzt, es wäre diese Haftung im deutschen Rechte begründet, so würde der Pfandnehmer bei zufälligem Untergange des Pfandes verbunden sein, den Werth desselben dem Pfandgeber zu bezahlen, natürlich, wenn der Letztere der Schuldner des Pfandnehmers wäre, abzüglich seiner Forderung. Es würde daher in diesem Falle, wenn der Betrag der Forderung und der Werth des Pfandes nicht gleich wären, der Pfandnehmer entweder etwas herauszuzahlen oder den Ueberschuß seiner Forderung zu empfangen haben. Wäre aber der Pfandgeber oder dessen Successor ein Anderer, als der Schuldner, so würde der Pfandnehmer dem Erstern den Werth des Pfandes erstatten müssen und von Letzterm seine Schuld fordern können. Das Ergebniß wäre demnach ein ganz anderes als der Satz: der Pfandnehmer verliert sein Geld. Zur Entkräftung dieses Einwurfs sind verschiedene Wege eingeschlagen worden.

Albrecht [53]) nimmt an, die Haftung des Pfandnehmers sei aus Billigkeitsgründen dahin gemildert worden, daß er für das Pfand nicht über den Betrag seiner Forderung zu haften habe; er sei nicht so streng beurtheilt worden, wie derjenige, welcher zu seinem alleinigen Vortheile eine fremde Sache besitze und

51) Ebenso die von Wächter Archiv für civil. Praxis XV. 134. 137. versuchte Uebertragung des vermeintlichen deutschen Rechtssatzes auf die fiducia des ältern römischen Rechts; vgl. Dernburg I. 13, 14.

52) *Potgiesser* de ind. ac nat. pign. p. 131. und *Riccius* de dom. pign. p. 26; Beide beschränken den Rechtssatz auf essende Pfänder. Beseler System II. 131.

53) Gewere S. 135. Ihm folgt Budde Zeitschr. für D. R. IX. 421.

Digitized by Google

benutze, z. B. der Kommodatar, und nicht so milde, wie derjenige, welcher eine fremde Sache im alleinigen Interesse des Gebers besitze, z. B. der Depositar; zwischen beiden in der Mitte stehe der Faustpfandgläubiger, daher habe man bei demselben einen Mittelweg eingeschlagen. Hiergegen ist treffend bemerkt worden [54]), daß das deutsche Recht den Pfandnehmer anders, aber nicht milder behandelt, als denjenigen, welcher eine fremde Sache in seinem alleinigen Interesse besitzt und benutzt. Der Satz, daß der Pfandnehmer sein Geld verliere, kann dahin führen, daß er mehr verliert, als das Pfand werth ist, während der Kommodatar nicht mehr verlieren kann, als das Pfand werth ist.

Hahn [55]) stellt die Ansicht auf, die Forderung des Pfandgläubigers sei durch Rückgabe des Pfandes bedingt gewesen, durch Untergang des Pfandes sei die Erfüllung der Bedingung unmöglich geworden, mithin das Forderungsrecht verloren gegangen. Diese Ansicht ist jedenfalls dann nicht haltbar, wenn das Forderungsrecht früher entstand, als das Pfand dafür gegeben wurde; in der zur Stärkung des Rechtes des Gläubigers vorgenommenen Verpfändung kann unmöglich die Abschwächung des bis dahin unbedingten Forderungsrechts zu einem bedingten gefunden werden. Gesetzt aber auch, das Forderungsrecht und das Pfandrecht seien gleichzeitig entstanden, so ist es eine willkürliche Annahme, das Forderungsrecht sei durch Rückgabe des Pfandes bedingt gewesen, wenn die Vertragschließenden die Rückgabe desselben und die Rückzahlung der Schuld nicht durch eine Vertragsbestimmung in das Verhältniß gegenseitiger Bedingung setzten. Vielmehr steht dem Rechte des Pfandgläubigers auf Zahlung der Pfandschuld das Gegenrecht des Verpfänders auf Rückgabe des Pfandes nach gezahlter Pfandschuld gegenüber, welches zur Zurückbehaltung der Zahlung bis zur Rückgabe des Pfandes berechtigt und auf welches der Untergang des Pfandes nur insofern einwirkt, daß an die Stelle des Zurückbehaltungsrechtes das

54) Rückert Unters. über das Sachenrecht der Rechtsbb. S. 119. Aehnlich schon Brackenhoeft (oben S. 16. N. 47) S. 232.

55) Die mat. Uebereinstimmung der röm. u. germ. Rechtsprinzipien S. 421.

Digitized by Google

Recht der Kompenſation mit der (als begründet vorausgeſetzten) Forderung auf Bezahlung des Werthes des untergegangenen Pfandes tritt.

An die Stelle dieſer unbefriedigenden Erklärungen ſetzt Stobbe[56]) eine andere, welche den Untergang des Forderungsrechtes auf eine Kompenſation der Forderung des Pfandgläubigers mit der Forderung des Verpfänders auf Erſatz des zufällig untergegangenen Pfandes vermittelſt der Fiktion zurückführt, daß der Werth der Forderung und der Werth des Pfandes einander gleich ſeien. Aber auch dieſe Erklärung befriedigt nicht. Wollte man ſich entſchließen, dem ältern deutſchen Recht eine Fiktion beizumeſſen, ſo würde doch nur angenommen werden dürfen, daß das regelmäßige, gewöhnliche Verhältniß als das immer und überall vorhandene fingirt worden wäre. In der Regel aber war und iſt der Werth des Pfandes größer, als der Betrag des dafür gegebenen Pfandſchillings[57]). Zumal die Pfänder, gegen welche bei Juden Geld geliehen wurde, waren ohne Zweifel mit ſeltenen Ausnahmen werthvoller, als der Pfandſchilling, weil ſie auch für die Zinſen hafteten. Daher wurde da, wo eine Verpflichtung beſtand, gegen Pfand zu kreditiren, z. B. bei Juden und andern Wechslern[58]), bei Wirthen und Handwerkern[59]) dieſe Verpflichtung nur dann angenommen, wenn

56) Zur Geſch. des deutſchen Vertragsrechtes S. 251 ff. Ihm folgen Gerber Jahrbb. für Dogm. VI. 277, Hillebrand D. Pr. R. 2. Aufl. S. 328.

57) So auch Gerber a. a. O.

58) Neumann Geſch. des Wuchers S. 396.

59) Handfeſte von Freiburg i. U. §. 133. (Gaupp II. 104). Si quis pignus suum, quod in tercia parte excedat precium illius rei, quam emere voluerit, carnifici, panifici, tabernario, sutoribus miserit et rem, pro qua misit, supra pignus illud habere non poterit, emendabit illi ... Burgdorfer Handfeſte §. 169. (daſ. 138). Murtener Stadtrodel §. 31. (daſ. 157). Qui vero panem, vinum, vel alia victualia vendit minutatim, tenetur pignus recipere valens tertiam partem ultra. Oefn. von Neſtenbach §. 23. (Weisth. I. 77). Es sol ouch welher die taffern zu N. inn hät ... menglichen win geben uff pfening oder uff pfand; wölte er aber deheinest nit pfand nemen, so mag der, des die pfand sind, die pfand dem wirtt uff das vass legen, die das dritteil besser sind, denn der win

Digitized by Google

der Werth des Pfandes die zu kreditirende Summe um eine bestimmte Quote, z. B. ein Drittel, überstieg [60]). Es würde daher, wenn eine Fiktion hinsichtlich des Verhältnisses des Pfandwerthes zum Forderungswerth aufgestellt worden wäre, wohl angenommen worden sein, daß der erstere den letztern um eine bestimmte Quote, etwa ein Drittel, übersteige. Die ganze von Stobbe behauptete Fiktion ist aber unerwiesen; nirgends ist eine Spur derselben aus den Quellen dargethan. Unbegreiflich wäre es, weßhalb man diese Fiktion nur bei essenden Pfändern aufgestellt hatte, für welche allein Stobbe sie behauptet; gerade bei essenden Pfändern erscheint sie am Wenigsten passend, da die Forderung durch die vom Verpfänder zu ersetzenden Fütterungskosten wächst. Unbegreiflich wäre es ferner, weßhalb man die Fiktion nur dann zur Anwendung gebracht hätte, wenn es sich um Ersatz des zufällig untergangenen Pfandes handelte; warum nicht auch dann, wenn der Pfandnehmer den Untergang des Pfandes durch seine Schuld herbeiführte? Endlich wie soll das Rechtsverhältniß sich gestalten, wenn eine andere Person, als der Schuldner, das Pfand versetzt oder wenn der Schuldner, welcher das Pfand versetzte, vor seinem Untergange das Einlösungsrecht an einen Dritten veräußert hat? Ein weiterer Gegenbeweisgrund wird erst weiter unten (Note 358) angeführt werden können.

Der Einwand, welcher gegen die Ableitung des fraglichen Rechtssatzes aus der Haftung des Pfandnehmers für die Gefahr des zufälligen Unterganges zu erheben ist, erscheint mithin in keiner Weise beseitigt. Schon aus diesem Grunde muß jene Ableitung aufgegeben werden. Ueberdies aber haftet, wie unten nachzuweisen ist, der Pfandbesitzer nicht unbeschränkt für den Zufall und namentlich nicht in dem Fall, wenn ein versetztes Thier eines natürlichen Todes stirbt.

---

costet, und mag selber win nemen. Vgl. ferner Weisth. I. 84, 125. und an andern Stellen; auch L. Burg. Gundeb. XIX. 6. (Legg. III. 541).

60) Vgl. die Stellen in Note 59. Augsb. St. R. 1276. (Freyberg 40) ez sol auch kain jude kain beschlozzen phant verwiedern, daz man im setzet, daz des dritten teils tiwerre si.

Digitized by Google

Versteht man unter dem Verlust des Pfandschillings den Verlust des Forderungsrechts auf Rückzahlung des Pfandschillings, so ist schwerlich irgend eine genügende Erklärung für den Untergang dieses Rechtes aufzufinden, wenn man die Erklärung desselben aus der Haftung des Pfandbesitzers für den Zufall aufgeben muß. Wenigstens sind alle in dieser Richtung bisher unternommenen Erklärungsversuche nicht befriedigend.

Förster[61]) nimmt an, daß der Pfandnehmer die ihm gesetzlich nicht obliegende Haftung für die Gefahr zufälligen Untergangs beim Versatze essender Pfänder durch einen stillschweigend abgeschlossenen Vertrag übernehme und daher seine Forderung verliere. Ohne Zweifel sind essende Pfänder lästiger und bieten weniger Sicherheit, als Kistenpfänder; der Pfandnehmer, welcher sich solche Pfänder gefallen läßt, unterwirft sich stillschweigend den Lasten und Gefahren, welche die thatsächliche Folge des Besitzes derselben sind.' Es ist aber gewiß unzulässig, hieraus zu schließen, er unterwerfe sich stillschweigend noch anderen Nachtheilen, welche mit den Veränderungen, denen das essende Pfand thatsächlich ausgesetzt ist, von Rechts wegen nicht verknüpft sind, insbesondere der Verbindlichkeit, beim zufälligen Untergang des Pfandes Ersatz des Werthes zu leisten. Gesetzt aber auch, es könnte in dem Satzungsvertrage bei essenden Pfändern die stillschweigende Uebernahme des periculum casus gefunden werden, so würde derselbe Einwand Platz greifen, welcher oben bezüglich der angeblich gesetzlichen Haftung des Pfandnehmers für den Zufall geltend gemacht worden ist; es würde nur von der Verpflichtung des Pfandnehmers zum Ersatze des Werthes des Pfandes abzüglich der Pfandforderung, nicht aber davon die Rede sein können, daß er die Pfandforderung verliere.

Maurenbrecher[62]) leitet den Untergang der Forderung

61) Zeitschr. für D. R. IX. 140.

62) Lehrb. des D. P. R. Aufl. 1. §. 288. Durch die Veränderung in Aufl. 2. §. 300 „daß die Sache für die Schuld eingetreten, mithin die eigentliche accessorische Natur des Pfandes nicht gewollt worden ist", hat der Gedanke an Klarheit nicht gewonnen. Vgl. Desselben D. de culpa p. 73. Ihm folgt Rückert a. a. O. S. 119.

Digitized by Google

aus dem Untergange des Pfandes in der Weise ab, daß die Sache für den Schuldner eingetreten, mithin die accessorische Natur des Pfandrechts verloren gegangen sei. Soll hiermit nur gesagt sein, das Forderungsrecht des Pfandnehmers und das Pfandrecht desselben ständen nebeneinander als zwei selbständige Rechte, von denen keines dem andern als Accessorium untergeordnet sei, so ist nicht abzusehn, wie der Untergang des Pfandrechtes in Folge des Untergangs seines Gegenstandes das Erlöschen des davon nicht abhängigen Forderungsrechtes nach sich ziehen könne. Soll aber damit gesagt sein, daß die Satzung das Forderungsrecht aufhebe, indem das Pfandrecht an die Stelle desselben trete, so ist es ungenau, von der Aufhebung der Forderung durch Untergang des Pfandes zu reden[63]).

Alle Schwierigkeiten verschwinden, wenn man unterstellt, daß der Pfandnehmer, bei welchem das Pfand durch Zufall unterging, kein Forderungsrecht hatte. Diese Unterstellung ist eine ganz natürliche, sie setzt die Satzung in ihrer einfachsten reinen Gestalt als Tauschgeschäft voraus. Mit dieser Unterstellung stimmt auch der Ausdruck der Quellen überein, welche nicht sagen, der Pfandnehmer verliere seine Forderung, sondern sin gelt, sine phenninge. Hatte der Pfandnehmer kein Recht, die Rückzahlung des Pfandschillings zu fordern, hatte vielmehr nur der Pfandgeber das Recht der Einlösung, so verlor jener das für das Pfand gegebene Geld definitiv, wenn das Pfand unterging, indem nunmehr von Einlösung keine Rede sein konnte. War aber das Pfand mehr werth, als der Pfandschilling betrug, so traf auch den Pfandgeber der Nachtheil, daß er den Ueberschuß des Werths verloren hatte. In diesem Sinne sagen die Magdeburger Schöffen[64])

so sal der schade ire beyder schade syn, also das her syn

63) Unklar ist auch die von Rückert a. a. O. gebrauchte Wendung: „seine Forderung kann er eigentlich nicht verlieren, weil das Pfandrecht an ihre Stelle getreten ist, er verliert sie nur, insofern sie durch dieses repräsentirt wird".

64) Magd. Fr. I. 6, 6. S. übrigens unten §. 8. N. 89.

Digitized by Google

gelt doran vorloren hette unde yenir dy besserunge des pfandes.

Von dieser Auffassung aus bestimmt sich der Umfang des Rechtssatzes folgendermaßen:

a) Er kommt bei Pfändern jeder Art zur Anwendung. Daß die spätere sächsische Praxis bis zu den Konstitutionen des Kurfürsten August von 1572 dieser Ansicht war, ist schon öfter bemerkt worden[65]). Hierin eine erst der spätern Praxis zuzuschreibende Neuerung zu erblicken, ist deßhalb unzulässig, weil Stadtrechte von gleichem und höherem Alter als der Sachsenspiegel bei versetzten Immobilien denselben Satz anwenden, indem sie bestimmen, daß der Pfandnehmer sich »mit dem grund und den brenden« begnügen müsse, wenn das versetzte Gebäude durch Brand zerstört werde[66]). Das auf dem Magdeburger Recht beruhende Recht von Salzwedel spricht den Rechtssatz für bewegliche Pfänder überhaupt aus[67]).

b) Der Pfandnehmer verliert sein Geld nur dann, wenn ihm nicht in Folge eines neben der Satzung geleisteten Versprechens ein Forderungsrecht auf Rückzahlung des Pfandschillings zusteht. Diese Einschränkung machen die oben angeführten Quellen ausdrücklich in den Worten: ire gelovede ne stunde den anders, oder: ere vorewort ne sy anders. Dieser Vorbehalt bezieht sich sowohl auf den ersten als auf den zweiten Theil des vorhergehenden Ausspruchs. Mithin wird zugleich der Regel, daß der Pfandnehmer den Werth des eines natürlichen Todes gestorbenen versetzten Thieres nicht ersetzen muß, eine Ausnahme für den Fall beigefügt, daß er die Haftung für den Zufall vertragsweise übernommen hat[68]), und von der Regel, daß der Pfandnehmer durch Untergang des Pfandes den Pfandschilling verliert,

65) Budde Ztschr. für D. R. IX. 422.

66) Privileg 1165 für Medebach §. 13. (Weisth. III. 74). Soest St. R. saec. XIII. §. 31. (Gengler S. 443).

67) §. 80. (Gengler St. R. 406).

68) Nur hierauf bezieht Verm. Ssp. IV. 42, 20. das Gelöbniß: ane wo man ‚czwusschen crippen und wasser' gelobet.

Digitized by Google

eine Ausnahme für den Fall gemacht, daß er die Rückzahlung des Pfandschillings schlechthin versprochen hat. So sagt auch die Glosse, indem sie die Abweichung des sächsischen Rechts von §. ult. J. quib. mod. re contr. (3, 14) hervorhebt:

davon er hie saget, wird gemeinet, wann einer allein dem pfande vertrawet hat; in den Inst. aber redet er von dem, der zugleich dem manne und dem pfande gegleubet hat[69]).

Einige Rechtsquellen sprechen aus, daß der Pfandnehmer bei zufälligem Untergange des Pfandes keinen Ersatz für dasselbe zu leisten hat, aber auch den Pfandschilling nicht verliert[70]). Man findet hierin eine Abweichung vom Rechte des Sachsenspiegels und der verwandten Rechtsbücher und nimmt entweder an, daß dieselbe auf einer Verschiedenheit der sächsischen und süddeutschen Rechte beruhe, oder daß der Sachsenspiegel das ältere, jene Rechtsquellen dagegen jüngeres Recht darstellen. Es ist aber möglich, auch die letzteren mit der Darstellung des Sachsenspiegels in Einklang zu setzen, wenn man annimmt, daß sie sich auf solche Fälle beziehen, in welchen dem Pfandnehmer ein Forderungsrecht wegen des Pfandschillings zusteht. Die Ausdrucksweise wenigstens einiger hierher gehöriger Quellen bestätigt diese Voraussetzung.

Augsb. St. R. a. a. O. den schaden sol *der selpschol haben unde sine burgen.*

Bayr. L. R. und Münch. St. R. a. a. O. und auch *an der schuld, die man im gelten sol*, nichtz ab gen.

c) Der zufällige Untergang des Pfandes bewirkt nicht das Erlöschen der Bürgschaft, welche dem Pfandnehmer für die Rückerstattung des Pfandschillings geleistet ist[71]).

69) Gl. zu Ssp. III. 5. nr. 9. (Zobel 311).

70) Bremer Ord. 3. (Oelrichs 68; bei Pufendorf II. 90. Ord. 56). Augsb. St. R. 1276 (Freyberg S. 40; bei Walch S. 83. Art. 47). Bayr. L. R. 231. (Freyberg IV. 465) und Münch. St. R. 105. Wien. St. R. 1435. Vgl. Stobbe Vertr. 256 ff. Neumann Wucher 309 ff. Ruprecht I. 147. sagt nur, der Pfandnehmer ersetze den Werth nicht, schweigt dagegen von dem Verluste des Geldes.

71) Schwsp. 258. Kulm. V. 34. §. 2. Vgl. Meibom im Jahrb. von Bekker und Muther IV. 447.

Digitized by Google

Das Ergebniß der vorſtehenden Unterſuchung iſt dahin zuſammenzufaſſen, daß nach den Rechtsbüchern die Exiſtenz eines Forderungsrechtes des Pfandnehmers gegen den Pfandgeber oder einen Dritten als Vorausſetzung des Satzungsgeſchäftes nicht erſcheint. Dieſer aus den Rechtsbüchern zu führende Beweis beſtätigt nicht allein den vorangeſchickten zu demſelben Ergebniß leitenden Beweis aus den Urkunden, ſondern ergänzt ihn auch inſofern, als die Urkunden auf die Satzung von Immobilien ſich beziehn, die Rechtsbücher dagegen an den angeführten Stellen vom Mobiliarpfande handeln. Da die Exiſtenz eines Forderungsrechts des Pfandnehmers gegen den Pfandgeber oder einen Dritten, wenn auch nicht weſentlich, doch möglich war und in der That in den Urkunden vorkommt, bald in der Weiſe, daß bei der Satzung eine ſchon vorher beſtehende Forderung als fortbeſtehend anerkannt [72]), bald ſo, daß neben oder nach der Satzung die Rückzahlung des Pfandſchillings verſprochen wird [73]),

72) Z. B. Urk. 1291 (Liſch Meckl. Urk. II. 78). Cum dominus Johannes dictus de D. miles .. filie sue Margarete in claustro monialium Campi Solis existenti 60 marcas den. pro prebendula assignaverit et morte preventus ipsas non persolverit, nec filii dicti domini Johannis dictam pecunie summam in presenti sufficiant ad solvendum, notum facimus, ... Ludolfum, Johannem cet. filios ejusdem dom. Johannis ... memorato claustro Campi Solis proventus 6 marcarum in villa dicta C. de duobus mansis, quos W. ibidem colit, annis singulis percipiendos pro prehabitis 60 marcis sub ypotheca pignoris assignasse ... Urk. 1292 (Sagittarius Hist. Goth. ed. Tenzel 1700. 4. p. 94). Nos H. camerarius de V. pres. recognoscimus, quod ecclesie sanctimonialium S. Crucis ... tenemur solvere usualis pecunie 8 marcas et pro eadem summa prefate ecclesie nostra bona in U. exposuimus sub forma pignoris .. Preterea pro sepedicta summa H. noster scultetus et H. noster servus nobiscum fecerunt ratihabitionis in solidum fidejussoriam sponsionem.

73) Urk. 1298 (Lünig Cod. Germ. dipl. I. fol. 975). H. Albrecht von Oeſterreich verpfändet K. Wenzel von Böhmen für den Fall ſeiner Erwählung zum römiſchen Könige Reichslande: pred. terras ... titulo pignoris obligamus .. in 50,000 marc. arg. puri Prag. ponderis, quas *nomine mutui* pro recuperandis praed. bonis alienatis ab eodem rege integre recepisse et convertisse fatemur ..... In his omnibus renunciamus exceptionibus non numeratae pecuniae ..., doli mali, actionis in factum, et condictioni sine causa, ac beneficio cuilibet alterius juris canonici et civilis.

Digitized by Google

so bleibt noch die Frage zu erörtern, wie in solchen Fällen das Pfandrecht zum Forderungsrecht sich verhielt.

Beide Rechte standen selbständig neben einander. Da das Pfandrecht nicht den Zweck hatte, die Befriedigung des Gläubigers wegen seiner Forderung sicherzustellen, vielmehr das Pfandrecht auch ohne Forderungsrecht bestehn konnte, so ist es ohne weitere Beweise einleuchtend, daß das Pfandrecht nicht als Accessorium des Forderungsrechtes angesehn wurde. Daß hier und da in Urkunden, deren Inhalt die Bekanntschaft des Verfassers mit dem römischen Rechte verräth, die Forderung als principale debitum bezeichnet wird[74]), kann nicht als Beweis dafür gelten, daß die römische Auffassung des Verhältnisses zwischen Forderung und Pfandrecht auch der Satzung des deutschen Rechtes zum Grunde gelegen habe; am Wenigsten dann, wenn diese Bezeichnung von dem Kapital (Hauptstuhl) im Gegensatz zu den Zinsen verstanden werden kann.

Es hing von dem Belieben des Pfandnehmers ab, das durch die Satzung begründete Recht am Pfande oder das durch das Zahlungsversprechen begründete Recht gegen den Schuldner geltend zu machen. Er konnte, ohne sich darauf zu berufen, daß der Pfandgeber sein Schuldner sei, die Rechte ausüben, welche die Satzung ihm gewährte, und welche von denjenigen verschieden waren, welche ihm im Falle der Belangung und Verurtheilung des Schuldners an einem demselben im Exekutionswege genommenen Pfande zustanden. Es stand ihm aber auch frei, den Schuldner zur Erfüllung seines Zahlungsversprechens anzuhalten;

74) Z. B. Urk. 1282 (Wenck Hess. Gesch. I. Urk. Nr. 70). K. Rudolf bekennt sich als Schuldner des Grafen Eberhard von Catzenelnbogen im Betrage von 12,000 Mark und versetzt dafür den Zoll von Boppard mit dem Zusatze: quod quicquid de pred. theloneo, antequam de suis manibus redimatur, singulis annis perceperit, illud minime *in sortem principalis debiti* debeat computari. Urk. 1288 (das. II. Urk. Nr. 211). Bei der Verpfändung von Gütern, Zehnten und Zinsen durch den Erzbischoff von Mainz an den Grafen L. von Ziegenhayn für ein Darlehn von 350 Mark wird hinsichtlich der Früchte und Nutzungen bestimmt: perceptis in sortem seu in solutionem *principalis debiti* minime computandis.

Digitized by Google

dieses begründete an sich nur eine persönliche Schuld des Promittenten, der Gläubiger konnte übrigens dadurch gesichert werden, daß die Zahlungspflicht als Realschuld auf eine andere als die versetzte Sache radizirt oder daß dafür von Andern eine Bürgschaft übernommen wurde[75]).

Wenn gleich das Recht aus der Satzung und das Forderungsrecht unabhängig neben einander standen, so fand doch eine gegenseitige Einwirkung dieser Rechte auf einander statt. Zwar standen sie dem Pfandnehmer keineswegs alternativ zu, so daß schon die Wahl des einen Rechtes die spätere Geltendmachung des andern ausgeschlossen hätte; das Gegentheil ergiebt sich daraus, daß der Pfandnehmer, welcher das Forderungsrecht gegen den Schuldner durch Anstellung der Klage verfolgt, aber eine Verurtheilung des Beklagten nicht erwirkt hat, weil derselbe das Zahlungsversprechen eidlich ableugnete, auf die Geltendmachung seiner aus der Satzung entspringenden Rechte am Pfande verwiesen wird[76]). Dagegen konnte der Erfolg, welchen die Ausübung des einen Rechtes hatte, auf das andere Recht einwirken. Einerseits erlosch das Recht aus der Satzung, wenn der Pfandnehmer durch Verfolgung seines Forderungsrechtes gegen den Pfandgeber oder dritten Schuldner die Bezahlung der Schuld, mithin die Einlösung des Pfandes herbeiführte. Andererseits befand sich der Pfandnehmer, welcher auf Grund des Zahlungsversprechens gegen den Schuldner Klage erheben wollte, in der Lage des Gläubigers, dem im Exekutionsverfahren zu einem Pfande verholfen war. Er mußte daher zunächst aus dem in seinem Besitze befindlichen Pfande seine Befriedigung suchen und konnte nur für den Ausfall an seiner Forderung die Rechtshülfe in Anspruch nehmen; man sol ome helfen zcu (neben) dem phande, ab iz

75) Z. B. Urk. 1349 (Wippermann Urk. Buch des Stifts Oberkirchen Nr. 262 a). Die Bürgen versprechen hinsichtlich des defectus: supplere vel in parata pecunia vel sufficientibus pignoribus mobilibus quae duci vel trahi potuerint. Urk. 1363 (daf. Nr. 296) den brake ... irvullen tynses unde hovedgudes mit reden penninghen eder nogheden panden.

76) Vgl. oben Note 44.

Digitized by Google

zcu korcz ist[77]). Es war daher im Erfolge gleich, ob der Pfandgeber beim Versatze gelobte, die ganze Pfandsumme zurückzuzahlen, oder ob er sich nur verpflichtete, für den Ausfall (defectus) zu haften[78]). Man kann also sagen, daß das Recht aus der Satzung das Hauptrecht war, welchem nur subsidiär das Forderungsrecht aus dem Zahlungsversprechen hinzutrat. Letzteres Recht gewann erst dann praktische Bedeutung, wenn das Recht aus der Satzung nicht hinreichte, um dem Pfandnehmer den für das Pfand hingegebenen Werth zu erstatten.

Die Entstehung des Pfandverhältnisses setzte die Abschließung eines gültigen Pfandvertrags über einen zum Versatz geeigneten Gegenstand voraus.

Was den Gegenstand desselben betrifft, so ist die römische Vorstellung, daß gewisse Sachen und Rechte und daß freie Menschen nicht in commercio sind und daher nicht verpfändet werden können, dem deutschen Rechte fremd. Es ist bereits bemerkt worden, daß die Freiheit verpfändbar war[79]). Von keiner Art von Sachen wird gesagt, daß sie der Verpfändung schlechthin entzogen seien. Die zum gottesdienstlichen Gebrauche bestimmten Sachen sollten zwar nach geistlichem Recht[80]) und nach fränkischem Reichsrecht[81]) nicht anders als im Nothfalle versetzt

77) Vgl. oben Note 44.

78) Z. B. Urk. 1248 (Wenck Hess. Gesch. I. Urk. Nr. 14). Der Gegenkönig Wilhelm von Holland verspricht dem Grafen Diether von Catzenelnbogen 700 Mark mit dem Beifügen: de quibus 300 ei de prime pecunie quam .. habebimus persolvemus, ac pro reliquis 400 marcis obligamus ei villas Imperii et nostras Triburium rel. ... eo pacto ut *si quid defuerit* in predictis de redditibus 40 marcarum, *supplere plenarie teneamur*, si quid autem superest (nämlich über 10% der Pfandsumme = 40 Mark) aut restituet aut de Celsitudinis nostrae gratia obtinebit.

79) Vgl. oben S. 53.

80) c. 1. X. de pignor. (3, 21): nisi justissima necessitate urgente.

81) Anseg. I. c. 82. (Legg. I. 284). De sacris vasis ecclesiae, quae in pignus a nonnullis de quibusdam locis dari comperimus, inhibitum est, ne deinceps quoquam fieri praesumatur, nisi solummodo necessitate redimendorum captivorum compellente. Ueber diese Ausnahme vgl. Dernburg I. 427.

Digitized by Google

werden, und den Juden war verboten, solche Sachen als Pfand anzunehmen[82]). Aber hierbei liegt nicht die Meinung zum Grunde, daß die Verpfändung solcher Sachen rechtlich unmöglich sei, weil dieselben dem Verkehr sich gänzlich entziehen. Dies ergiebt sich schon daraus, daß die Verpfändung im Falle der Noth als erlaubt galt, und in diesem Falle sogar die Verpfändung bei Juden gestattet war, wenn nur der Jude selbst nicht in den Besitz des Pfandes kam, sondern dasselbe einem Christen zur Aufbewahrung übergeben wurde[83]). Aber auch eine ohne Noth, folglich dem Verbote zuwider, von dem bei der Kirche im Amte stehenden Kleriker vorgenommene Verpfändung scheint dem Pfandempfänger gegenüber nicht als unwirksam betrachtet worden zu sein, wenn schon eine Ahndung gegen den Verpfänder eintreten mochte. In einem Falle, wo ein Priester einen Kelch und ein Brevier der Kirche für persönliche Bedürfnisse verpfändet hatte und vor der Einlösung gestorben war, ging die päpstliche Entscheidung nicht dahin, das Pfand ohne Erstattung des Pfandschillings einzuziehn, sondern den Sohn des Verpfänders anzuhalten, die Einlösung zu bewirken und die Pfänder der Kirche zurückzugeben[84]). Daß die Kirche Sachen, welche ihr gestohlen oder sonst wider ihren Willen abhanden gebracht waren, unentgeldlich zurückfordern konnte[85]), war nichts Besonderes. Ebenso selbstverständlich ist es, daß, wenn ein Jude wegen verbotswidriger Annahme gottesdienstlicher Gegenstände mit dem Verluste seines Vermögens bestraft wurde[86]), er auch das Pfand unentgeldlich herausgeben mußte.

Was ferner die Verpfändung von Rechten betrifft, so konnte der römische Grundsatz, daß öffentliche Berechtigungen nicht ver-

82) Cap. 814. c. 1. (Legg. I. 194).
83) Verm. Ssp. III. 17, 5.
84) c. 3. X. de pignor. (3, 21).
85) Ssp. III. 7. §. 4. Schwsp. 261. Verm. Ssp. III. 17, 5.
86) Das Cap. 814, oben Note 82, enthält die Strafandrohung: quodsi facere praesumpserit, omnis substantia sua auferatur ab eo et dextera manus illi amputetur.

Digitized by Google

pfändet werden können, in Deutschland schon deßhalb nicht gelten, weil hier die Scheidung des Rechts in öffentliches und Privatrecht, wenn auch im Keime vorhanden, doch vor Aufnahme des römischen Rechts nicht zu Tage getreten war. Gerechtsame, welche wir dem Gebiete des öffentlichen Rechts zuweisen würden, konnten wie durch andere Privatrechtsgeschäfte so auch durch Satzung übertragen werden. Hoheitsrechte (jura regalia), Gerichtsbarkeit, Vogtei, Leibherrschaft[87]), Judenschutz, Zölle und Abgaben aller Art findet man so häufig in Versatz gegeben, daß es unnöthig erscheint, einzelne Urkunden zum Beweise anzuführen.

Obschon Sachen und Rechte ohne Einschränkung als Verkehrsgegenstände erschienen, so stand doch die Beschaffenheit der Sache oder des Rechts in gewissen Fällen der Verpfändung entgegen. Da der Pfandempfänger die Gewere des Pfandes erhalten sollte, so konnten nur solche Gegenstände verpfändet werden, an welchen eine Gewere möglich war und übertragen werden konnte. Daher konnten ideelle Theile von beweglichen Sachen nicht verpfändet werden, indem die Gewere an Mobilien durch Uebergabe erworben wurde und die Sache nur zu einem ideellen Theile nicht übergeben werden konnte; wogegen die Verpfändung ideeller Theile von Immobilien und Gerechtsamen häufig vorkommt. Nur solche Rechte erschienen als Gegenstand der Satzung, bei welchen man dem Berechtigten die Gewere, an der Sache oder am Rechte, zuschrieb. Man findet Verpfändungen des Rechts des Lehnsmanns, des Erbzinsmanns, des Leibzüchters; das Verbot, dasselbe ohne Einwilligung des Eigenthümers zu versetzen, beweist seine Verpfändbarkeit. Man findet das Satzungsrecht selbst[88]),

87) Urk. 1261 (Wippermann Reg. Schaumburg. nr. 171). L. nobilis de A. homines nostros, videlicet Johannem rel. ... b. Marie virgini in Overenkerken pignoris titulo obligamus in hunc modum, quod b. virgini nec non ejusdem ecclesie in O. serviant. Urk. 1349 (Wippermann Obernkirchener Urk. B. nr. 262): Leibeigne werden cum omni jure et utilitate so verpfändet, daß die exuviae defalcabuntur, bis das Kapital abgetragen ist. Urk. 1398, 1454 bei Potgiesser (oben S. 10. N. 22) p. 201.

88) Vgl. unten Note 289.

Zehnt-[89]), Dienst-[90]) und Rentenberechtigungen[91]) als Gegenstände des Versatzes. Dagegen kann eine Satzung von Forderungsrechten nicht nachgewiesen werden. Es kommen wohl Rechtsgeschäfte vor, welche man heutigentags als Verpfändung eines Forderungsrechtes auffassen würde. Aber es ist kaum zweifelhaft, daß die Vertragschließenden, wenn sie überhaupt das Geschäft als Satzung betrachteten[92]), darin die Verpfändung einer Sache erblickten. Wenn z. B. derjenige, welcher seine Sache einem Andern versetzt hatte, das Einlösungsrecht einem Dritten verpfändete, so war dies ein weiterer Versatz derselben Sache, welcher durch Einlösung derselben von dem ersten Pfandempfänger wirksam wurde. Oder wenn es heißt[93]):

man en sal noch en mag keyn meyger noch gebur vorsecczen vor sinen hern hocher, wan sin rechte jarczins sted,

so erscheint nicht das Forderungsrecht auf Meier- oder Pachtzins, sondern das Eigenthum sammt allen damit verbundenen gutsherrlichen Rechten als Pfandobjekt gedacht, daher gesagt wird, der Meier, der Bauer sei verpfändet. Wenn Kuxen oder

89) Z. B. Urk. 1256 (Wippermann Reg. Schaumb. nr. 152) decimam ville et agrorum. Urk. 1368 (das. nr. 388) unsen halven tegheden u. a. m.

90) Urk. 1419 (Wippermann Obernkirchen. Urk. B. Nr. 399) settet .. to eyne stede rechte vaste sate al unse gud, plicht unde denst, dat wy hebbet to W. mit aller rente, rechte, plicht, mit aller tobehoringhe unde mit aller slachte nud ... unde wy latet on dit vorg. gud, denst unde plicht in ore upborende rowelike hebbende were.

91) Gosl. R. 30, 19. Verm. Ssp. I. 48, 4. Lüb. St. B. Inskr. 1326. (Pauli I. 106. Note 167. a). Urk. 1482 (Duncker Ztschr. f. D. R. V. 39). Stobbe Ztschr. f. D. R. XIX. 188, 194.

92) Urk. 1416 (Lisch Meckl. Urk. II. 177). Propst, Priorin und Convent von Neukloster vorkopen und vorzetten 12 schill. lub. weddeschattes in dem dorpe tho P. vor 12 marck lub. und fügen hinzu: Were dat den vorg. Klosterschen ere 12 sch. nycht werden konden ut deme vorb. dorpe ... se moghen de 12 sch. upboren von dem gelde, dat de wertyken kyndere gheven in dem kloster. Es wird nicht etwa das Forderungsrecht des Klosters auf Zahlung des Schulgeldes verpfändet, sondern gestattet, den Ausfall an der verpfändeten Rente aus dem in der Schulkasse des Klosters befindlichen Gelde zu entnehmen.

93) Verm. Ssp. III. 4, 13.

Digitized by Google

Pfannenantheile versetzt werden[94]), so ist der ideelle Antheil an dem Eigenthum der Gewerkschaft oder Pfännerschaft, nicht das Forderungsrecht aus dem Gesellschaftsvertrag als Gegenstand der Verpfändung gedacht. Der Gläubiger, welcher Sachen seines Schuldners in Händen hat und dieselben versetzt, um zu seiner Befriedigung zu gelangen[95]), verpfändet nicht etwa sein Forderungsrecht nebst dem zu dessen Sicherung dienenden Retentionsrechte, sondern die Sache seines Schuldners, indem er anstatt desselben handelt, wie der Gläubiger, welcher im Exekutionsverfahren das genommene Pfand kraft der Gewaltigung versetzt, um zu seinem Gelde zu kommen. Verpfändung einer Sache wurde wohl auch dann angenommen, wenn der Gläubiger den ihm vom Schuldner ausgestellten Schuldbrief einem Dritten pfandweise übergab; die Gewere an der Urkunde ermöglichte die Satzung des Rechtes, welches selbst nicht Gegenstand der Gewere war[96]).

War die Sache oder das Recht, welches versetzt werden sollte, an sich verpfändbar, so konnte die Satzung doch nur dann rechtsgültig vorgenommen werden, wenn der Verpfänder darüber zu verfügen befugt war. Da die Verpfändung eine Veräußerung enthielt, so kann man von vornherein annehmen, daß verpfänden durfte wer veräußern konnte. Die Quellen bestätigen dies, indem sie die Verpfändungs- und Veräußerungsbefugniß durchweg auf gleiche Linie stellen.

Betrachtet man zunächst den einfachsten Fall, die Verpfändung einer Sache durch den Eigenthümer, so erstrecken sich die Beschränkungen, welchen die Veräußerung im engern Sinne bei Grundstücken aus Gründen des öffentlichen Rechts unterworfen war, auch auf die Satzung. Dies gilt z. B. von der Frage, ob nach der Reichsverfassung der Kaiser Güter und Gerechtsame des Reichs ohne Zustimmung der Reichsstände[97])

94) Urk. 1414, 1416 (Lisch Mecklenb. Urk. II. Nr. 98, 101).

95) Vgl. unten Note 128.

96) Die von Duncker Ztschr. f. D. R. V. 39. und Kuntze Inh. Pap. S. 71 benutzte Urk. 1482 betrifft keine Schuldforderung, sondern eine ewige Rente.

97) Während seit W. Kap. Karls V. Art. 9. die Einwilligung der Kurfürsten und seit W. Kap. Karls VI. Art. 10. die Einwilligung der Reichsstände

und ein Reichsſtand Land und Leute ohne Zuſtimmung des Kaiſers[98]) verpfänden dürfe, ſowie von der Frage, ob nach der Landesverfaſſung der Landesherr zur Verpfändung des Landes der Zuſtimmung der Landſtände bedürfe[99]) und Landſaſſen zur Verpfändung ihrer Güter die Zuſtimmung des Landesherrn einzuholen haben. In den Städten, welche die Veräußerung der zu Stadtrecht liegenden Grundſtücke an Ortsfremde verboten, bezog man dies Verbot auch auf den Verſatz[100]); doch kommt es auch vor, daß nur die totale Veräußerung verboten, die Uebergabe an Fremde zu Pfandrecht oder Leibzugsrecht dagegen zugelaſſen wurde[101]). Auch das aus einer Abſchwächung derartiger Verbote hervorgegangene Marklöſungsrecht findet ſich auf den Verſatz wie auf den Verkauf bezogen, z. B. noch jetzt in Mecklenburgiſchen Städten[101a]). Wo die Veräußerung der Almendgüter durch die Markgenoſſen an die Erlaubniß des Obermärkers gebunden war, wurde daſſelbe Erforderniß auch für die Verpfändung derſelben geltend gemacht[102]). Ebenſo verhielt es ſich, wo die

nöthig war, ſtritt man, ob vor dem ſechszehnten Jahrhundert der Kaiſer allein verpfänden durfte, was Strauch (oben S. 7. N. 13) §. 17 sq. behauptet, oder ob ſchon damals wenigſtens die Kurfürſten zuſtimmen mußten, wofür Conring Tr. de finibus Imp. c. 19, 22, Gundling (oben S. 8. Note 14), §. 11 sq. und Potgiesser (oben S. 10. N. 22) p. 87 sq. wenigſtens für die Zeit ſeit dem dreizehnten Jahrhundert ſich erklären. Vgl. Otto. III. Const. 998 (Legg. II. 37) regibus et imperatoribus ea, quae regni et imperii sunt, nisi se viventibus dare non liceat exceptis ecclesiis. Sent. Rudolph. 1281 (Legg. II. 435).

98) Daß bei Reichsallodien die kaiſerliche Einwilligung unnöthig war, wenn ſie nicht vom Reiche getrennt wurden, war allgemein anerkannt, Hert de super. territ. p. 327, Gundling l. c. §. 98, Struv. de allod. Imp. 1734. p. 670. Sogar bei Reichslehn hielten Manche den Konſens des Kaiſers für unnöthig; Gundling l. c., Potgieser l. c. p. 100, während Andere ihn forderten, Stryk (Alexandri) D. de jure allodiali princ. Imp. Hal. 1697. p. 75. Vgl. Const. Frid. I. in II. F. 55 (Legg. II. 113); Frid. II. 1232 (ib. 292).

99) Zachariä St. R. II. 597. Hierüber verbreitet ſich Gl. zu Sächſ. Lehnr. 55 nach Homeyer II. 1. S. 356.

100) Lüb. R. (Hach) II. 226; ſ. auch 242.

101) Goſl. R. 30, 17. Verm. Sſp. I. 48, 4.

101a) Buchka und Budde Entſch. des O. A. G. Roſtock. V. 114.

102) Thudichum Gau- und Markverf. S. 143, 291. Urk. 1396

Digitized by Google

Veräußerungsbefugniß durch ein persönliches Abhängigkeitsverhältniß, z. B. die Ministerialität, beschränkt war[102]).

Derselben Gleichstellung der Veräußerung im engern Sinne und der Verpfändung begegnet man da, wo es sich um Beschränkung der Dispositionsbefugniß im Interesse der Familie handelt. Das Beispruchsrecht des nächsten Erben[104]) wie das daraus hervorgegangene Erblosungsrecht[105]) bezieht sich auch auf die Satzung. Die Frage, ob zu Verfügungen über das Grundeigenthum der Ehemann die Einwilligung der Ehefrau und der überlebende Ehegatte die Einwilligung der Kinder bedürfe, wird regelmäßig für die Satzung ebenso wie für andere Veräußerungen beantwortet, wie verschieden sonst nach Maßgabe der verschiedenen Güterrechtssysteme die Antwort lautet[106]). Nur selten kommt eine Ausnahme von dieser Regel vor, so daß die Verpfändung leichter gestattet wird, als die totale Veräußerung[107]).

(Wenck Hess. Gesch. II. S. 465): welchirley gemeyn weyde in dem. vorg. gerichte (Hüttenberg) .. virsast sind buszen unsir (des Gerichtsherrn) und unsir amptlude wissin und virhengnisse gemeynliche: dyselbin gemeyn weyde sullent dy unser knechte von unsir wegen weddirfordirn an den dy se inhant, unn den schadin gekerd, der uns davon ist offgehabin.

103) Bei Allodien der Ministerialen, Fürth Minist. S. 283 ff.

104) Vgl. die von Lewis Succ. des Erben in Obl. S. 45. gesammelten Belege; dazu Magd. Fr. I. 12, 8: nymand mag syn anirstorben erbe vorkummern noch vorseczen ane syner erben willen.

105) Goslar. R. 23, 10. Verm. Ssp. II. 4, 15. Leipz. Schöffen-Urth. bei Wasserschleben I. 156. c. 20: wollen die frunde von des kindes wegen das (versetzte) dritteil kouffin adir lözen, das sint sie nehir zcu thunde, wenn eyn fremder man.

106) Vgl. a) Lüb. R. (Hach) I. 15, 22. II. 18, 27; dazu Pauli Abh. II. 26, 140 und Hamb. R. 1270. I. 20, 1292. C. 14, Lüb.-Hamb. R. III. 261. b) Goslar. R. 14, 1; 29, 11; Verm. Ssp. I. 47, 6; 30, 2; dazu Hänel Ztschr. f. R. G. I. 284. c) Schwsp. 34, dazu Roth im Jahrb. von Bekker und Muther III. 318. d) Frankenberg Gew. (Schmincke Mon. Hass. 743): ein man unde frauw, eliche lude, derer eins todis halber ab gehet unde kynder lessit, das ander en mag sins erbs nit versetzin ader verkoiffin sunder chafftige not an der kynder willen; dazu Roth und Meibom Kurhess. P. R. I. §. 104. N. 10.

107) Freiburg. Handfeste 1249. §. 22 (Gaupp St. R. II. 86) allodia

Digitized by Google

Auch in Betreff der Dispoſitionsbeſchränkungen, welche durch dingliche Rechte Anderer entſtehen, wird die Satzung und die Veräußerung im engern Sinne auf gleiche Linie geſtellt. Stand die Sache im Miteigenthum Mehrerer zu ideellen Theilen, ſo konnte jeder Theilhaber ſeinen Antheil ohne Einwilligung des Miteigenthümers wie veräußern ſo auch verſetzen[108]). Stand aber die Sache Mehreren geſammter Hand zu, ſo konnte ſie oder der Antheil eines Geſammthänders zwar unbeſchadet der Fortdauer der geſammten Hand verſetzt werden[109]), es durfte dies aber von keinem Geſammthänder ohne Zuſtimmung der übrigen geſchehen[110]). War ein dingliches Recht an fremder Sache beſtellt, welches die Gewere der Sache dem Eigenthümer nicht entzog, ſo war der Letztere zwar nicht gehindert, die Sache zu verſetzen, aber er konnte das ältere dingliche Recht nicht ſchmälern, daher z. B., wenn eine Rente auf das Grundſtück gelegt war, nur den nach Abzug des Werths des Rentenrechts vom vollen Werth des Grundſtücks bleibenden Reſt verpfänden[111]). War an der Sache ein dingliches Recht beſtellt, kraft deſſen ein Anderer die Gewere der Sache erlangt hatte, ſo konnte daſſelbe durch Verſatz ſo wenig wie durch Veräußerung geſchmälert werden; es konnte daher mit ſofortiger Wirkſamkeit nur das dem Eigenthümer gebliebene Recht[112]), dagegen die Sache ſelbſt nur

---

libere obligare potest, vendere autem non potest nisi de voluntate uxoris sue et liberorum suorum. Geändert in Burgdorfer Handf. 1316. §. 51 (daſ. 124) allodia libere invadiare et vendere .. potest.

108) Goslar. R. 23, 7. Verm. Eſp. I. 4, 15. Leipz. Schöff. Urth. 20. bei Waſſerſchleben I. 156. Vgl. Stobbe Ztſchr. f. R. G. IV. 224.

109) Woldemar-Erichſches Lehnrecht 7. §. 5 (Pancker S. 122): de settinge breckot nene samende handt, wente men settinge lösenn mach.

110) Sächſ. Lehnr. 32. §. 5: lien und laten umfaßt auch die Satzung. Schwäb. Lehnr. 61: ir mag einer ane den andern nut getun mit dem lehen noch mit dem gute. Vgl. Stobbe a. a. O. 234.

111) Lüb. R. (Hach) II. 236. Wil jemant an sineme vrien erve wicbelde verkopen, de ne schal it nicht mer ener weghene verkopen. Mer leghet eme darna mer not an, so mach he wol *dat, des dat erve betere is*, wan dat wicbelde, dat dar ut gheyt, to pande setten.

112) Z. B. bei einem in Leihe gegebenen Gute das Eigenthum mit dem

eventuell für den Fall des Erlöschens des frühern Rechts versetzt werden. War die Sache bereits früher veräußert oder war dem Eigenthümer durch Arrestanlage, welcher die sog. neuere Satzung gleichstand [113]), die Disposition über die Sache entzogen, so war der Versatz gegenüber dem frühern Erwerber, Arrestimpetranten oder Satzungsgläubiger unwirksam, so daß, wenn die frühere Veräußerung bedingt war, der Versatz während schwebender Bedingung in Kraft blieb [114]).

Zieht man sodann die Verpfändung von Rechten an fremden Sachen in Betracht, so unterliegt es keinem Zweifel, daß dem Berechtigten die Verpfändung wie eine sonstige Veräußerung ohne Einwilligung des Eigenthümers der dienenden oder belasteten Sache freistand, wenn sein Recht ihm keinen Anspruch auf den Besitz dieser Sache gab, z. B. bei Jagd-, Zehnt-, Renten- und dergleichen Rechten. Was dagegen diejenigen Berechtigungen betrifft, kraft deren der Berechtigte die fremde Sache besitzt, so könnte die Ausdrucksweise der Quellen [115]) die Meinung hervorrufen, daß bei einem von ihm vorgenommenen Versatze es sich um die Verpfändung der Sache handele, daher die

---

Rechte, den Leihezins zu beziehen und die übrigen leiheherrlichen Rechte auszuüben. Regensburg. R. 1230. §. 14 (Gaupp St. R. I. 170). Quicumque civis acquisierit bona ... ad spacium vitae unius vel plurium personarum (Schwsp. 36. ze zwein liben oder z'eim libe), si contingat dominum, cujus sunt bona, vendere vel infeudare vel obligare illa, non minus habebit ille, qui acquisivit bona, in eisdem bonis juxta quod dictum est jus quod acquisivit (d. h. das lipgedinge), *ei qui tunc bonis dominatur censum soluturus.* Urk. 1380 über Satzung eines Meierguts durch den Gutsherrn (Wippermann Oberntirchen. Urk. B. Nr. 331) also dat se (die Pfandempfänger) des hoves nud bruken scholen *unde mechtich wesen tzettendes unde entzettendes* (d. h. Ansetzung und Entsetzung des Meiers) de wyle dat desse sathe waret.

113) Vgl. unten §. 8.

114) Schwsp. 20, Rupr. 17: ist daz ein man sines wibes morgengabe verkoufen wil oder versetzen, ez si (so kann es geschehen) mit ir willen oder *ane ir willen di wile der man lebet.*

115) Z. B. Sächs. Lehnr. 68. §. 3. set en man *sin len* ut pandes. Schwäb. Lehnr. 25. nieman mag *sin lehin* versetzzen ane sines herren hant.

Digitized by Google

Einwilligung des Eigenthümers derselben nöthig sei. Allein offenbar ist die Sache nur anstatt des Rechtes an der Sache genannt; die Verpfändung des letztern aber ist von der Einwilligung des Eigenthümers der Sache nicht abhängig, wenn nicht das Erforderniß seines Konsenses aus der Natur des Rechts oder aus einem Vorbehalt des Eigenthümers bei Bestellung des Rechts hervorgeht. Ihrer Natur nach, als ein höchst persönliches Recht, kann die Leibzucht ohne Zustimmung des Eigenthümers nicht veräußert, daher auch nicht verpfändet werden[116]). Der Lehnsmann darf das Lehn nicht ohne Zustimmung des Lehnsherrn veräußern und verpfänden[117]), weil er sich dadurch möglicherweise der Mittel zu seinem Unterhalte entäußert und zur Leistung des Lehnsdienstes unfähig macht; der Lehnsherr kann daher den Mann anhalten, das ohne seine Einwilligung verpfändete Lehn durch Einlösung wieder herbeizuschaffen, und im äußersten Falle, wenn Geldbußen nicht fruchten, das Lehn selbst von dem Pfandbesitzer einziehen, ohne die Pfandsumme zahlen zu müssen[118]), wogegen die Einwilligung des Lehnsherrn oder das Schweigen desselben während Jahr und Tag nach erlangter Kenntniß der Verpfändung die Folge hat, daß die Satzung ihm gegenüber rechtsbeständig erscheint und er die Pfandsumme zahlen muß, wenn das Lehn ihm heimfällt, bevor dasselbe bei dem Pfandbesitzer eingelöst ist[119]). Anders als der Vasall wird der Erbzinsmann behandelt, der unter den Voraussetzungen verpfänden kann, unter welchen er veräußern darf, nämlich sofern er das Leihegut nicht an eine Person andern Standes und ohne Minderung des Zinses veräußert, auch dasselbe zuvor dem Leiheherrn zur Ausübung des Näherrechtes anbietet[120]). Von der

116) Verm. Ssp. I. 47, 2. und 8, II. 6, 3. Weisth. I. 146.

117) Sächs. Lehnr. 68. §. 3, Richtst. Lehnr. 17, 19. Schwäb. Lehnr. 52, 57, 122. Keys. R. III. 23. Homeyer Ssp. II 2, 433.

118) Richtst. Lehnr. 19. Schwäb. Lehnr. 121: und git jem deheine losung. Homeyer a. a. O. 507.

119) Schwäb. Lehnr. 25: so hat jener recht an der satzzunge ..; wan wurde ez dem herren lidig, er muese ez loesen.

120) Gl. zu Ssp. III. 79 (Zobel S. 409). Schwsp. 36. Rupr. 30. Keyser-R.

Verpfändung des Satzungsrechtes wird weiter unten gehandelt werden.

Von der bisher erwähnten Verpfändung eigener Sachen oder Rechte an fremden Sachen ist die Verpfändung fremder Sachen zu unterscheiden. Die Wirksamkeit derselben hing zunächst davon ab, ob der Verpfänder die fremde Sache für den Eigenthümer oder als seine eigene Sache versetzte.

Zur Verpfändung einer fremden Sache im Namen des Eigenthümers konnte man durch eine Vollmacht des Letztern ermächtigt werden. Wie bei andern Rechtsgeschäften so galt auch bei der Satzung der Abschluß durch Stellvertreter für zulässig, nicht blos für Personen oder Anstalten, die eines Vertreters nothwendig bedurften, sondern auch für solche, die freiwillig einen Bevollmächtigten bestellten [121]). Die Vollmacht des Eigenthümers konnte ersetzt werden durch die richterliche Gewaltigung, kraft welcher der Gläubiger die in Pfand genommene Sache seines Schuldners versetzen konnte, um sich für seine Forderung bezahlt zu machen [122]). Endlich konnte der Gläubiger auch ohne richterliche Ermächtigung eigenmächtig Sachen seines Schuldners, die auf rechtmäßige Weise in seinen Besitz gekommen waren, versetzen, um sich durch den Pfandschilling für seine Forderung zu befriedigen. Der letztere Fall bedarf einer Erörterung.

Es ist oben (§. 2) erwähnt worden, daß der Gläubiger Sachen des Schuldners, welche sich im Besitze Dritter befanden,

II. 113. Arnold Eig. 178, 154. Eine indirekte Anerkennung des Veräußerungsrechts enthält Sent. 1232 (Legg. II. 294), indem auf die Frage, ob libero censuali bona censualia sibi collata *in hominem conditionis alterius* liceat absque comitis vel conferentis voluntate transferre, der Spruch erfolgt: non licere.

121) Goslar. R. 14, 12 und Verm. Esp. I. 31, 2; dazu Göschen S. 192. Beispiel einer solchen Vollmacht: Urk. 1255 (Wenck Hess. Gesch. I. Beil. 23). Wilhelmus R. ... dilectis fidelibus nostris E. comiti de L. cett. plenam. auctoritate praesentium damus et dedimus potestatem, ut memoratis nobilibus pro dimidia rationabilium debitorum suorum de bonis Imperii ubicunque voluerint secundum estimationem propriam valeant obligare et nos obligationem ratam tenebimus atque gratam.

122) Vgl. oben S. 143.

Digitized by Google

zu ſeiner Befriedigung angreifen konnte, ohne zuvor den Schuldner verklagen zu müſſen. Hieraus ergab ſich die Folgerung, daß der Gläubiger auch die Sachen des Schuldners, welche er ſelbſt beſitzt, zu ſeiner Befriedigung angreifen dürfe, ohne Klage gegen den Schuldner erheben zu müſſen. Das deutſche Recht gewährte dem Gläubiger zu dieſem Zwecke eine doppelte Befugniß.

Er konnte erſtens die Sachen des Schuldners dem Letztern ſo lange vorenthalten (halden, behalden, uphalden), bis er ihn wegen ſeiner Forderung befriedigte. Dies Retentionsrecht findet ſich insbeſondere in folgenden Anwendungen anerkannt: Der Handwerker darf die ihm zur Verarbeitung übergebenen Stoffe oder daraus gefertigten Werkſtücke bis zur Bezahlung ſeines Arbeitslohns zurückbehalten; es folgt dies daraus, daß, wenn der Handwerker zur Miethe wohnt und der Vermiether ſeine Sachen wegen des Miethzinſes zurückhält [123]), er auch die dem Handwerker zur Verarbeitung übergebenen fremden Sachen bis zum Belaufe des Arbeitslohns einbehalten darf [124]). Der Hirt darf das ſeiner Hute übergebene Vieh zurückhalten, bis ihm der Hirtenlohn bezahlt wird [125]). Der Wirth, bei welchem Vieh zur Fütterung eingeſtellt wird, z. B. gepfändetes Vieh, darf wegen der Futterkoſten das Thier und wenn es ſtirbt die Haut und Halfter zurückbehalten; daher geſagt wird, das Futter werde „auf die Haut" geleiſtet [126]). Daß bei der Pfändung wegen Schadens-

123) Die Befugniß des Vermiethers, die Sachen des Miethers wegen ſchuldigen Miethzinſes zurückzubehalten, kann nicht als eine Anwendung des Retentionsrechts betrachtet werden, da er dieſe Sachen nicht beſitzt und die Gewere am Hauſe die Gewere der darin befindlichen Sachen nicht in ſich ſchließt. Vielmehr erklärt ſich dieſe Befugniß aus dem Pfändungsrechte (oben §. 5).

124) Hamb. R. 1270. VI. 16. de hushere ne mach dat gud nicht hoger holden, den dat lon is offte wert was, dat de ammetman hebben scholde to lone. Lüb. Hamb. R. (Hach III) 311. Brem. Ord. 1303. Nr. 105 (Oelrichs 128).

125) Brünn. St. R. 199 (Rößler 394) er mag auch das viech von im selben wol insliezzen um sein verdientes lon. Herrſch. R. von Andelfingen 17: der Hirt darf eym inn seyn stal gan unnd ime küg als süw daruss nemen unnd sy an eyn zun bynnden unntz er bezalt ist; Neumann Wucher 211. N. 1.

126) Oeffn. von Birmensdorf (Weisth. l. 32) unde sind es essende

ſtiftung dem Pfandnehmer bis zur Bezahlung ſeiner Entſchädigung und ſonſtigen Forderung das Retentionsrecht zuſteht, iſt ſchon oben (§. 5) angeführt worden. In einem Falle, wo der Beſitzer eines Hauſes auf Herausgabe deſſelben belangt war und ſich darauf berief, daß er Verwendungen auf das Haus durch Bezahlung von Baukoſten und Einlöſung deſſelben von einem Pfandgläubiger gemacht habe, bis zu deren Erſatz er das Haus einbehalten wolle, erkannten die Schöffen zu Magdeburg[127]):

> so mag man euch aws ewirn geweren nicht entsyczen und ir seyt bey ewirn gelde, das ir doran .. vorbawet und von dem pfandrechte gelassen habit, das ir beweysen moget als recht ist, und ouch das brawgefesze und varnde habe neir zcu behaldin und dobey zcu bleiben .. und dieweile sie euch ewir gelt nicht wedirgebin, so dorft ir der gewere nicht rumen.

Aus dieſem Erkenntniß ergiebt ſich zugleich der bemerkenswerthe Satz, daß der Gläubiger, welcher das Retentionsrecht ausübt, näher zum Beweiſe iſt als der Schuldner, alſo ſeine Forderung durch ſeinen Eid darthun kann, während im Allgemeinen der Schuldner näher iſt, der Schuld durch ſeinen Eid zu entgehen. Dieſe Vertheilung des Beweisrechts liefert den Beweis, daß das deutſche Recht von einer andern Auffaſſung des Retentionsrechts ausgeht, als das römiſche. Der Beklagte wirft dem Kläger nicht vor, daß er argliſtig handele, indem er die Sache fordere, ohne ſeine damit in Verbindung ſtehenden Verbindlichkeiten zu erfüllen; ſonſt wäre der Kläger näher geweſen, ſich von dem Vorwurfe der Gefährde eidlich zu reinigen, namentlich die von dem Be-

---

pfender, so sol der meyger dem vich zu essen geben *uff die hute* als vil sy gewögen mögen und als gewonlich ist. Oeffn. von Tablatt (daſ. 228) und sol der wirt dem essenden pfand *uff die hutt* zu aessen geben. Roſt. Ger. Ordn. (Kamptz Meckl. Civ. R. I. 2. S. 188) so mach me *dat bint sel* so gudt maken, dat de wert sin voder betalt kricht.

127) Urth. 62. bei Waſſerſchleben I. 202. Hiernach iſt der Anſicht von Stobbe Beiträge 61. nicht beizuſtimmen, daß im deutſchen Recht wegen des Erſatzes der Verwendungen keine Retentionseinrede gegeben ſei.

Digitized by Google

klagten behauptete Forderung abzuschwören. Vielmehr macht der Beklagte von seinem Rechte Gebrauch, Sachen des Schuldners, die er ohne Klage gegen Letztern erlangen kann, zum Zweck seiner Befriedigung anzugreifen. Ist dies der Grund des Retentionsrechts, so ist dasselbe durch Konnexität der Forderung, wegen welcher es ausgeübt wird, mit der zurückbehaltenen Sache nach deutschem Rechte nicht bedingt.

Neben dem Retentionsrecht, welches nur eine indirekte Nöthigung des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers bewirkt, gewährt das deutsche Recht dem Gläubiger noch eine zweite Befugniß, welche seine Befriedigung direkt herbeiführt. Er darf die in seinem Besitz befindliche Sache des Schuldners bis zum Belauf seiner Forderung versetzen und sich durch den dafür erhaltenen Pfandschilling bezahlt machen. Diese Befugniß wird ausdrücklich bei dem Handwerker anerkannt, welcher die ihm zur Verarbeitung übergebenen Stoffe oder verfertigten Werkstücke bis zum Belaufe seiner Lohnforderung versetzen darf[128]). Es liegt kein Grund vor, hierin eine Singularität zu erblicken. Zieht man in Betracht, daß der Schuldner durch das bezeichnete Verfahren seines Gläubigers keinen Schaden erleidet, indem er von seiner Schuld befreit wird und durch Zahlung derselben Summe an den Pfandempfänger die verpfändete Sache wieder einlösen kann, so erscheint es unbedenklich, den allgemeinen Satz aufzustellen, daß der Gläubiger sich keiner unerlaubten Selbsthülfe schuldig macht, wenn er die in seinem Besitze befindliche Sache seines Schuldners für den Betrag seiner Forderung versetzt, nachdem die Schuld fällig geworden, von dem Schuldner aber keine Zahlung geleistet ist. Es erscheint diese Annahme um so weniger bedenklich, da der Gläubiger noch in anderer Weise die ausgebliebene Zahlung auf Unkosten des Schuldners sich verschaffen konnte, nämlich indem er Geld auf Schaden nahm, d. i.

128) Hamb. R. 1270. VI. 16. So wer syn gud deit eneme ammetmanne to makende, de ammetman ne mach dat gud nicht hogere vorsetten, den vor syn lon. Lüb. Hamb. R. (Hach III) 311. Brem. Ord. 1303. Nr. 36, 105. (Oelrichs 90, 128). München. R. 348.

Digitized by Google

die geschuldete Summe bei einem Dritten, etwa einem Juden oder Wechsler, ohne Pfand oder unter Verpfändung einer eigenen Sache gegen Zinsen anlieh, in welchem Falle die Zahlung des Darlehns sammt dem Wucherschaden dem säumigen Schuldner zur Last fiel[129]).

Wenn Jemand eine fremde Sache versetzte, ohne dazu durch Vollmacht, richterliche Erlaubniß oder das Recht der Selbsthülfe berechtigt zu sein, so konnte die an sich unbefugte Handlung doch durch nachfolgende Genehmigung des Eigenthümers Gültigkeit erlangen, und wenn der Eigenthümer bei der Verpfändung zugegen war, ohne derselben zu widersprechen, so galt er als einwilligend[130]). Wenn aber auch die Genehmigung des Eigenthümers nicht erfolgte, so entbehrte doch die Verpfändung der fremden Sache nicht aller Wirkung. Gewiß konnte der Verpfänder sich selbst nicht auf den Mangel der Dispositionsbefugniß berufen. Aber auch dem Eigenthümer gegenüber konnte der Pfandempfänger gegen Anfechtung der Satzung gesichert sein, bei Immobilien durch rechte Gewere, bei Mobilien durch den Rechtssatz Hand muß Hand wahren.

Die rechte Gewere trat bei der Satzung unter denselben Voraussetzungen und mit denselben Wirkungen ein, wie bei der Eigenthumsübertragung[131]). Nach Jahr und Tag konnte, wenn

129) Stobbe Vertr. 40 ff. Neumann Wucher 158, 393 ff.

130) Freiburg. Rechtsbr. 1120. §. 27. (Gaupp St. R. II. 23, Gengler St. R. 128. §. 31). Si quis res alterius in vadio exponat presente possessore nec contradicente, postea contradicere non poterit. Colmar. St. R. 1293. §. 22. (Gaupp I. 118). Burgdorf. Handf. 1316. §. 189. (daſ. II. 141). Berner Hdf. 1218. §. 11. (daſ. II. 46). Dattenried. St. R. 1358. §. 22. (daſ. II. 179).

131) Berner Hdf. 1218. §. 22. (Gaupp St. R. II. 49). Omnia bona in allodiis et aliis rebus, que burgensis diem et annum in quieta habuit possessione, de his non tenetur postmodum aliter respondere, nisi is, qui eum impetierit, probare possit, se in terra et patria non fuisse. Et quicumque burgensis in allodiis, feodis, *pignoribus* et aliis bonis, que diem et annum in quieta habuit possessione etc. Bayr. Landfr. 1281. §. 16. (Zöpfl R. A. II. 313). Swer stille gwer bringen wil an einem gut, der sol nennen, welich gewer er bringe, eigensgwer oder lehensgwer oder *satzunggwer*.

Digitized by Google

nicht ausnahmsweise die rechte Gewere ausgeschlossen war[132]), weder der Eigenthümer, der in die Verpfändung seines Grundstücks durch einen Andern nicht eingewilligt hatte[133]), noch der Erbe, der die ohne seine Einwilligung vorgenommene Satzung anfechten konnte, noch der Lehnsherr, der zur Verpfändung des Lehns seinen Konsens nicht gegeben hatte, der Satzung widersprechen[134]).

Hatte der Eigenthümer eine bewegliche Sache einem Andern geliehen, versetzt oder sonstwie anvertraut und dieser sie unbefugterweise einem Dritten versetzt, so hatte die Regel Hand muß Hand wahren die Folge, daß der Eigenthümer die von dem Dritten gezahlte Pfandsumme bezahlen mußte, wenn er seine Sache von demselben zurückforderte. Dieser Satz hat nichts gemein mit der in einzelnen Rechtsquellen aufgestellten Regel, daß der Eigenthümer, wenn seine Sache einem Dritten verkauft worden, sie von dem Käufer gegen Erlegung des Kaufgeldes zurückfordern durfte[135]). Denn hierin lag eine Abschwächung des Grundsatzes, während der erstere Satz eine Anwendung desselben in seiner Strenge enthielt.

Wo der Grundsatz Hand wahre Hand keine Anwendung fand, indem die Sache dem Eigenthümer gestohlen, geraubt oder sonst gegen seinen Willen abhanden gekommen und dann von dem Besitzer einem Dritten versetzt war, konnte der Eigenthümer zwar in der Regel seine Sache dem Pfandbesitzer abfordern, ohne ihm die Pfandsumme ersetzen zu müssen[136]); doch traten

132) Wegen Abwesenheit vgl. Note 131. Wegen Unmündigkeit Sächs. Lehnr. 26. §. 9: nieman ne mach ene rechte gewere gewinnen mit lenunge oder *mit sattunge* noch mit uplatene an enes kindes gude.

133) Goslar. R. 14, 12. Verm. Ssp. I. 46, 3. Wirt eyn eygen uszgesaczt, daz man by jore unde tage nicht wedderspricht, daz magk man dornoch nicht weddersprechen.

134) Schwäb. Lehnr. 25. Ob der man gut versetzet .. ane dez herren hant unde ez jener in siner stillen gewer hat ein jar unde sehs wochen ... so hat jener reht an der satzzunge.

135) Lüb. R. II. 194. III. 202.

136) Lüb. R. II. 175. Hevet jemen en pant ... kumt denne en ander unde sprect et dat it eme vorstolen oder avegherovet si: de it

Digitized by Google

Ausnahmen ein, wenn über Sand und See gekommene Sachen versetzt waren[137]) oder wenn die Sache einem Juden verpfändet war. Man pflegt von einem in dieser Hinsicht den Juden zustehenden Privileg zu reden[138]). Dies darf nicht so verstanden werden, als sei die Ausnahme von der allgemeinen Rechtsregel auf kaiserliche oder landesherrliche Privilegien zurückzuführen. Allerdings sind manche Privilegien dieses Inhalts bekannt[139]), und der Schwabenspiegel ist der Meinung, daß das singuläre Recht der Juden in der fraglichen Hinsicht auf königliches Privileg zurückzuführen sei[140]). Allein es giebt eine tiefere Quelle, aus welcher dasselbe abzuleiten und seine gemeinrechtliche Geltung zu erklären ist. Diese Quelle ist das mosaisch-talmudische Recht[141]). In Uebereinstimmung mit der Mischna gestattet der Schulchan Aruch dem Eigenthümer beweglicher Sachen die Eigenthumsklage

---

anspreket de es es negher to beholdende up den hileghen mit sines sulves hant, den de andere to beholdende. Brem. Ord. 1303. nr. 51. (Oelrichs 97). Heft en borghere pande an sinen weren, the me vlotten unde voren mach, vor sinen weddescat, dhar is he naghere uppen hilighen mit sines silves hant sin gelt an to holdende, dhen jenich man eme af tho winnende; (ausgenommen) men spreket dhuve ofte rof an. Braunschw. R. §. 32. (Gengler 39). Schwsp. 261.

137) Hamb. R. 1270. VI. 9. Lüb. Urth. bei Michelsen Oberhof Nr. 58. Albrecht Gew. S. 96.

138) Albrecht Gew. S. 95. *Budde* D. de vind. rer. mob. p. 79. Stobbe Vertr. 89. Neumann Wucher 312.

139) Das bekannteste ist das Privileg K. Heinrichs IV. von 1090 für die Juden in Speyer (Ztschr. f. R. G. II. 410. und öfter gedruckt), welches Beseler a. a. O. II. 374. wohl ohne genügende Gründe als eine Verordnung für alle Juden im Reiche auffaßt. Beispiele landesherrlicher Privilegien: Priv. 1253. für die Prager Juden §. 6. (Rößler 181), Priv. 1283. für die Eisenacher Juden §. 33. (Gengler St. R. 105).

140) Schwsp. 261: lihet ein jude uffen diubig oder roubig gut und kumet jener darnach, alse recht ist, er sol im sin gut wider geben mit rehte alse ein cristen man: daz ist reht. Nu hant si ein bezser reht erkouffet, daz hant in die kiunige gegeben wider reht, daz si lihent uffen dinbig und uffen roubig gut.

141) Eine Andeutung giebt, nach Stobbe, Neumann Wucher 312. Vgl. auch die während des Drucks dieser Abhandlung erschienene Darstellung von Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsrecht VIII. 266.

Digitized by Google

gegen den redlichen Beſitzer nur gegen Zahlung des von dem Letzteren bezahlten Kauf- oder Pfandſchillings. Das ausgeſprochene Motiv dieſer Regel, welche auf Immobilien keine Anwendung findet, iſt die Sicherung des Verkehrs: „es würde ſonſt Niemand etwas kaufen können und wollen". Nur ſoweit, als dies Motiv zutrifft, wird der redliche Beſitzer geſchützt; nur was er auf das Pfand geliehen hat, nicht was er ſchon vor der Verpfändung zu fordern hatte, kann er vom Eigenthümer begehren und auch dies nur ohne Zinſen. Ob der Beſitzer die Sache redlich erworben hat, wird aus den Umſtänden entnommen und dabei theils auf die Unverdächtigkeit der Perſon des Veräußerers oder Verpfänders, theils auf die Art und Weiſe des Erwerbs geſehen; was in der Nacht oder auf verſteckte Weiſe angeboten wird, ſoll man nicht kaufen oder als Pfand annehmen. Dieſe Rechtsſätze[142] werden in den Judenprivilegien mehr oder weniger ausführlich wiederholt und in den Rechtsbüchern als gemeines Juden-Recht vorgetragen[143]. Es unterliegt hiernach wohl keinem Zweifel, daß ſie für die Juden als jüdiſches Volksrecht zur Anwendung kamen und als ſolches in Beſtand blieben, als im Allgemeinen die Nationalität des Rechts durch die Territorialität deſſelben verdrängt wurde[144]. Den Inhalt derſelben geben die Rechtsbücher, in der Hauptſache unter einander und mit dem jüdiſchen Rechte übereinſtimmend, folgendermaßen an: Fand Jemand eine ihm geſtohlene oder geraubte Sache im Beſitze eines Juden, nachdem derſelbe den Beſitz abgeleugnet hatte, ſo mußte der Jude die Sache als unredlicher Beſitzer umſonſt herausgeben und wurde als Hehler beſtraft[145]. Geſtand aber der Jude den Beſitz ein und behauptete er, die Sache ſei ihm verpfändet (oder verkauft), ſo war er näher zum Eide, als der Kläger; ſein Eid erſtreckte ſich theils darauf, daß er die Sache redlich erworben, theils

142) Vgl. Faſſel (oben Note 23) I. §§. 340, 371, 456.

143) Ssp. III. 7. §. 4. Dsp. 209. Schwſp. 261. Verm. Ssp. III. 17, 4 Rupr. 172.

144) Stobbe im Jahrb. von Bekker und Muther VI. 36.

145) Verm. Ssp. III. 17, 4.

Digitized by Google

darauf, wie viel er dafür gegeben habe. In der erstern Beziehung begnügte man sich nach einigen Rechtsquellen mit der allgemeinen Versicherung des Juden, daß er beim Erwerbe nicht gewußt habe, daß die Sache gestohlen oder geraubt sei[146]); nach andern Rechtsquellen wurde die spezielle Versicherung desselben gefordert, daß er die Sache am Tage, auf offener Straße und in unverdächtigem Zustande gekauft oder als Pfand empfangen habe[147]). War dieser Eid geleistet, welcher die Nennung des Auktors nicht in sich schloß, so brauchte der Jude die Sache nur gegen Erstattung des von ihm beschworenen Kauf- oder Pfandschillings herauszugeben. In diesen Hauptstücken übereinstimmend enthalten die Rechtsbücher und Privilegien in anderer Beziehung ungleiche Sätze. Die meisten verlangen, daß der Jude den redlichen Erwerb selbdritt beschwöre; andere begnügen sich mit dem Alleineid des Juden[148]). Während in den meisten Rechtsquellen dem Juden blos das Recht zugestanden wird, das auf das Pfand geliehene Kapital zu verlangen, sprechen andere ihm auch das Recht auf die Zinsen zu[149]). Falls der Jude das Pfand an einen Christen weiter veräußert hat und dieser von dem Eigenthümer darum angesprochen wird, gestatten manche Rechtsquellen nicht, daß der Beklagte den Juden als Auktor nenne[150]), während

146) Prag. Privil. a. a. O. §. 5. Verm. Sſp. III. 17, 11. und 25. Eisenach. Priv. a. a. O. §. 33.

147) Sſp. III. 7. §. 4. unverholne und unverstolne bie tages lichte und nicht in beslozene hus; vgl. Dohn. Schöff. Urth. 67. bei Wasserschleben I. 414. Schwſp. 261. bi schoenem tage unde vor siner tur an offener strazze. Als verdächtig galten nasse und blutige Gewänder, Kelche, Meßbücher und Meßgewänder. Augsb. R. (Freyberg) 77, Prag. Priv. a. a. O. §. 5, Verm. Sſp. III. 17, 5.

148) Priv. für die Juden zu Speyer (Ztschr. f. R. G. II. 410). Si autem res furtiva apud eo inventa fuerit, si dixerit Judaeus se emisse, juramento probet secundum legem suam (durch einen Judeneid), quanti emerit et tantundem accipiat et sic rem ei, cujus erat, restituat. Prag. Priv. a. a. O. §. 6. Verm. Sſp. III. 17, 11.

149) Vgl. die Zusammenstellung bei Neumann Wucher 314. Auch Schwſp. 261. und Eisenach. Priv. §. 33. sprechen die Zinsen ab.

150) Richtſt. Ldr. 13. §. 7. Magd. Syst. Schöff. R. II. 2, 69. (Kulm.

andere es zulaſſen, ſo daß auch in dieſem Falle der Eigenthümer den vom Juden für das Pfand gegebenen Pfandſchilling zahlen muß [151]).

Der Schutz, welchen jüdiſche Pfandbeſitzer gegen die Klage des Eigenthümers genoſſen, findet ſich hier und da auf chriſtliche Pfandbeſitzer übertragen. Wo derſelbe ſtädtiſchen Pfandhäuſern oder kirchlichen montes pietatis in Privilegien beigelegt wird, ſcheint eine gefliſſentliche Nachbildung des Judenrechts vorzuliegen, zu dem Zwecke, dieſe Anſtalten in den Stand zu ſetzen, dem Pfandwucher der Juden mit Erfolg Konkurrenz zu machen. Wo dagegen jener Schutz allen Pfandbeſitzern gewährt wird, wie es in einigen Stadtrechten geſchieht [152]), handelt es ſich um eine den gutgläubigen Erwerber ſicher ſtellende Maßregel zur Förderung des bürgerlichen Verkehrs.

Zu einer rechtsgültigen Satzung war endlich neben der Verpfändbarkeit des Gegenſtandes und der Befugniß, über dieſen Gegenſtand durch Verpfändung zu verfügen, der **Abſchluß des Pfandvertrages** nöthig. Es mußten die allgemeinen Vorausſetzungen eines Vertrags und die beſondern Vorausſetzungen

---

II. 81). Ausgenommen wenn der Jude ſich wie ein Chriſt belangen laſſen will, Sſp. III. 7. §. 1. die jode ne mut des kersten mannes gewere nicht sin, he ne wille antwerden in kerstene mannes stad.

151) Goslar. R. 81, 6. (wo ſtatt wart zu leſen iſt wat). Verm. Sſp. IV. 42, 22. waz eyn jodde verkauffet unde wert daz anegefanget, bekennet daz der jodde, der is sal von rechte eyn gewer sin, he lidet vorbaz keyne nod, sundern he mus is weddergeben vor daz gelt, daz he doruff gelegen hatte.

152) Murten. Stadtrodel §. 34. (Gaupp II. 158). Si quis *in foro* de M. *publice* aliquid emerit .. non debet amittere sortem, quam pro eo dedit quantumcunque res fuerit viciosa. Si vero *intra domum tacite* emerit, probato quod res fuerit furtiva vel ablata, tenetur eam restituere. .. et amittit sortem. Si vero *extra villam in nemoribus vel in deviis*, perdit pretium .. et rem restituit et sculteto 60. sol. tenetur emendare. Bamberg. R. §§. 75, 76, 77. Wer aber im die hab eingesetzt worden, so soll er aber behaben, das er (§. 76. bey lichtem tag) fur rechfertiges gut darauff gelihenn habe unnd dasselb soll im der wider geben, der nach der hab kombt unnd die behabt.

Digitized by Google

eines solchen Vertrages, durch welchen die Gewere übertragen werden sollte, sich vereinigen

Was die Fähigkeit betrifft, Verträge zu schließen, so wird die Satzung der Veräußerung gleichgestellt und namentlich was den Einfluß des Alters[153]), des Geschlechts[154]) und der körperlichen Rüstigkeit[155]) betrifft, entweder ausdrücklich neben der Veräußerung im engern Sinn erwähnt oder unter der allgemeinen Bezeichnung der Veräußerung mitbegriffen. Als wesentlicher Inhalt des Geschäfts, über welchen die Vertragschließenden einig sein müssen, erscheint nur die Festsetzung des Pfandes einerseits, des Pfandschillings[156]) andererseits. Es giebt Pfandurkunden, welche sich auf diese Festsetzung beschränken. In der Mehrzahl der Urkunden aber findet man Nebenbestimmungen, theils über die Behandlung des Pfandes während des Pfandverhältnisses, theils über die Einlösung[157]). Ein erzwungenes Rechtsgeschäft wird nach deutschem Recht als nichtig angesehn; dies anerkennt ein Rechtsspruch des kaiserlichen Hofgerichts von 1283 bezüglich einer in der Gefangenschaft vorgenommenen Verpfändung von Städten und Burgen[158]):

quod principes vel alius quilibet ad ea, quae vi metuque

153) Kraut Vorm. II. 4 ff. Die Satzung heben ausdrücklich hervor: Sächs. Lehnr. 26. §. 9, Schwäb. Lehnr. 52, Wold. Erichsches Lehnrecht 13. §. 5. und Rig. Ritter-R. 50. (Paucker S. 131). Berm. Ssp. I. 50. §. 2.

154) Kraut Vorm. II. 272 ff. 392 ff. Die Satzung heben ausdrücklich hervor: a) bei unverheiratheten Frauen Lüb. R. (Hach) I. 21, II. 96, III. 134; b) bei Ehefrauen Goslar. R. 29, 27. und Berm. Ssp. I. 47, 8, dazu Kraut a. a. O. S. 399. Note 10. Goslar. Rechtsspr. bei Kraut a. a. O. und Magd. Syst. Schöff. R. IV. 67, Kulm. III. 153.

155) Ssp. I. 52. §. 4.

156) Ueber den Gebrauch dieses Wortes vgl. Haltaus Glossar. p. 1475. s. h. v. Das Pfandgeld bei der Pfändung wird Pfandpfennig genannt; Urk. 1254 bei Haltaus p. 1474.

157) Vgl. Bodmann Dipl. juristische Erläuterung einiger Klauseln in alten Schuld- und Pfandverschreibungen in Koppe's Magazin für die gesammte Rechtsgelahrtheit I. 236 bis 295 (1789).

158) Sent. de cassandis obligationibus vi obtentis (Legg. II. 445). Vgl. Ssp. III. 41. §. 2, §. 3.

Digitized by Google

coactus (die Urtheilsfrage lautet: vi vel metu inductus, expers proprie libertatis) promitteret vel quibuscunque pactis obligatoriis se adstringeret, factus sui compos nullatenus teneretur et tales pactiones ... censende forent irrite penitus et inanes.

Welchen Einfluß ein Betrug hat, durch welchen der eine Vertragſchließende den andern zum Abſchluß des Satzungsgeſchäfts veranlaßt, findet ſich in den vorliegenden Quellen nicht entſchieden. Aus der Analogie des Kaufes aber iſt zu entnehmen, daß der Betrogene das Geſchäft anfechten, namentlich der Pfandempfänger, welchem der Verpfänder Mängel des Pfandes wiſſentlich verſchwiegen hat, die Rückzahlung der Pfandſumme fordern kann, daß jedoch der Gegner von dem Vorwurfe des Betrugs durch ſeinen Eid ſich zu reinigen vermag[159]). Unter der öfters erwähnten Satzung zu fluchtsal[160]), durch vorflucht[161]) oder gevaerde[162]) iſt eine Verpfändung zu verſtehen, welche zum Nachtheil eines Dritten argliſtig vorgenommen wird. Namentlich gehört dahin der Fall, daß Jemand ſeine Sache zum Nachtheil ſeiner Gläubiger verſetzt, um ſie dem Angriffe derſelben zu entziehn[163]), worin ein argliſtiges Verfahren nicht allein gegen Letztere, ſondern auch gegen die Bürgen gefunden wird[164]). Das Geſchäft iſt gültig unter den Vertragſchließenden, aber an-

159) Vgl. Cropp in Heiſe und Cropp Abh. I. 164.

160) Schwſp. 314. Ueber Leihe zu Fluchtſal ſ. Homeyer Sſp. II. 2, 341. und Gloſſar. zum Sächſ. Lehnr. s. v. vluchtsal.

161) Keyſ. R. II. 110. durch vorflucht geben.

162) Schwäb. Lehnr. 105. Ez heizet oh gevaerde und heizet oh daz fluchtsal, daz ist gevaerde.

163) Schwſp. 314. Unde ist daz ein man gelten sol und setzet sin gut in einz andren mannes hant, dem er gelten sol (es iſt zu leſen: dem er niht gelten sol mit Cod. Caes. 257, Freyb. 327, Gengler 262. §. 1, Rupr. 201, oder: dann in des, dem er gelten sol, mit Cod. v. d. Lahr 135) daz heizzet fluhtsal unde ist nut reht.

164) Keyſ. R. II. 114. Ein iglich man sal wiszen, daz er sin gut durch vorflucht nit en mag gegeben in keines mannes hant; wan ist er schuldig und hat die lute versatzt, er muz gelten und muz die lute losen, die er hat versatzt.

Digitized by Google

fechtbar von Seiten des dadurch benachtheiligten Dritten. Nach der Darstellung des Schwabenspiegels findet jedoch die Anfechtung nur dann statt, wenn der Pfandempfänger die Sache zu Fluchtsal empfangen, also an der Arglist des Verpfänders sich wissentlich betheiligt hat:

und sprechent in die gelten an, er habe ez ze fluhtsal enphangen, dez sol er swern, daz dez nut en si. Mag aber er in uberkomen mit driu geziugen, daz ez anders si, dez sol er geniezzen[165]).

Darf man dies als gemeines deutsches Recht betrachten, so befolgt dasselbe ähnliche Grundsätze, wie das römische Recht bei der actio Paulliana.

Da die Satzung die Gewere des Pfandes auf den Pfandempfänger übertragen sollte, so konnte sie durch einen einfachen formlosen Vertrag nicht bewirkt werden. Da zur Uebertragung der Gewere bei beweglichen Sachen die Uebergabe, bei unbeweglichen Sachen die Auflassung nöthig war, so trat dieses Erforderniß auch bei dem Versatze ein.

Was zunächst das Mobiliarpfand betrifft, so ist der herrschenden Meinung, welche zur Verpfändung von Mobilien die Uebergabe als Faustpfand verlangt, die Ansicht entgegengestellt worden, daß die Verpfändung von Mobilien, wenn der Schuldner im Besitze gelassen wurde, gültig, jedoch gegen Dritte ohne Wirkung gewesen sei[166]). Diese Ansicht ist richtig, wenn das Pfand zur Sicherstellung einer Forderung genommen oder gegeben wurde[167]). Wo aber die Satzung die Bedeutung eines Tauschgeschäfts hatte, wovon allein hier die Rede ist, ergiebt sich die Nothwendigkeit der Uebergabe des Pfandes an den Pfandbesitzer aus dem Zwecke des Geschäfts. Enthielt die Verpfändung eine (eventuelle) Veräußerung und sollte die Vollziehung der Veräußerung durch (sofortige) Einräumung der Gewere gesichert werden, so war die Uebergabe des Mobiliarpfandes unentbehrlich.

165) Schwsp. 314. Rupr. 201.
166) Walter R. G. §. 568.
167) Vgl. oben §. 2. N. 382. und unten §. 8. N. 31 ff.

Der Uebergabe des Pfandes an den Pfandempfänger wird es gleich geachtet, wenn das Pfand einem Dritten übergeben wird, um dasselbe anstatt des Erstern aufzubewahren, z. B. wenn zum Gottesdienst bestimmte Gegenstände einem Juden versetzt, aber zur Aufbewahrung einem Christen übergeben werden[168]). Dagegen wird ein constitutum possessorium nicht für geeignet angesehen, die Uebergabe zu ersetzen[169]). Diese Ansicht findet sich sogar dahin gesteigert, daß die wirkliche Uebergabe nicht genüge, falls Pfandgeber und Pfandnehmer in demselben Hause wohnen, vielmehr das Pfand in ein anderes Haus gebracht werden müsse, wenn Pfandrecht entstehen solle[170]).

Was sodann das Immobiliarpfand betrifft, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die Satzung durch Auflassung bewirkt werden mußte. Dagegen erstreckt sich auch auf die Satzung die oft verhandelte Streitfrage, ob die Auflassung nur dann wirksam war, wenn sie vor Gericht vorgenommen wurde. Es wird hier von der Ansicht ausgegangen, daß nicht blos im älteren Rechte, sondern auch noch zur Zeit der Rechtsbücher unter den Rechten der deutschen Stämme und Länder in dieser Hinsicht keine Uebereinstimmung herrschte, indem zwar alle zur Auflassung einen öffentlichen und förmlichen Akt verlangen, dagegen nur gewisse Rechte, insbesondere das sächsische, die Vornahme der Auflassung vor dem zuständigen Gerichte fordern, während andere, namentlich süddeutsche Rechte, die Vornahme der Auflassung vor Zeugen oder in Urkunden als genügend betrachten. Es ist hier nicht der Ort, auf diese Streitfrage in ihrem ganzen Umfange einzugehen[171]). Nur einige Bemerkungen mögen hier eine Stelle

168) Verm. Ssp. III. 17, 5.

169) Renaud in Zeitschr. f. R. W. und G. G. des Auslands XXI. 310 ff. §. 1.

170) Kondichboek von Zütphen saec. XIV. nach Mittermaier D. P. R. §. 260. N. 5.

171) Die hier angenommene Ansicht vertheidigen für das ältere Recht Beseler, Erbvertr. I. 38, Sandhaas Germ. Abh. S. 25, Rückert Unters. über das Sachenrecht S. 72; für die Periode der Rechtsbücher Sandhaas a. a. O., Merkel in Ztschr. f. R. G. II. 173.

Digitized by Google

finden, um den Hauptbeweis für die Annahme, daß auch zur Zeit der Rechtsbücher die Gerichtlichkeit der Auflassung nicht überall nöthig war, zu stützen und einen Gegenbeweisgrund zu beseitigen.

Den Hauptbeweisgrund für diese Annahme enthält der Ausspruch des Schwabenspiegels[172]): Wer seinem Freunde Gut schaffen will nach seinem Tode, kann die Gabe in dreifacher Weise sicher (staete) machen; entweder er sol im srift daruber geben mit Siegeln, oder er sol fur sinen rihter varn oder fur sinen herren und sol sine geziuge ziehen, oder endlich er setze im einen zins dar uz, damit hat er die gewer. Handelt diese Stelle, wie gewöhnlich angenommen wird, von der Vergabung eines Grundstücks von Todes wegen, so kann man daraus mit Sicherheit entnehmen, daß auch die Veräußerung eines Grundstücks unter Lebenden in derselben dreifachen Weise gültig geschehen könne: durch Ausstellung einer Urkunde, durch einen mündlich-symbolischen Akt vor Zeugen, oder durch gerichtliche Auflassung. Es ist nun von Beseler[173]) die Ansicht aufgestellt worden, es sei a. a. O. theils von dem aus dem römischen Rechte entlehnten Testamente, theils von der deutschen Vergabung von Todes wegen die Rede, auf erstere beziehe sich die urkundliche und die gerichtliche Form, auf die Vergabung allein die mit Konstituirung eines Zinses verbundene Auflassung. Und diese Ansicht hat neuerdings Lewis[174]) mit der nähern Bestimmung wieder aufgenommen, daß als Gegenstand des dem römischen Recht nachgebildeten „Geschäftes" Mobilien, als Gegenstand der Vergabung Immobilien zu denken seien. Aber durch diese Erklärung werden Unterschiede in die Stelle hineingetragen, von denen sie nichts erwähnt. Vielmehr ist nur von einem einzigen Rechtsgeschäft die Rede: ist daz ein man sinem friunde gut schaffen wil nach sinem tode; es wird erörtert, in welcher Form dieses Rechtsgeschäft geschlossen werden könne, und nachdem ausgeführt worden, daß

172) Schwsp. 22. Dsp. 25. Rupr. 19.
173) a. a. O. I. 142.
174) Succ. des Erben in Obl. S. 32.

Digitized by Google

eine dreifache Form möglich sei, am Schlusse die Wirkung dieser Formen verglichen: die gabe heizet stete, diu vor dem richter geschit; diu heizet ouch stete, die mit der srift geschit; diu ist allerstetest, die mit der wer geschit; in allen drei Fällen ist es also dieselbe »gabe« [175]). Handelt es sich aber um verschiedene Formen eines einzigen Rechtsgeschäfts, so kann nur ein Rechtsgeschäft über Immobilien gemeint sein, da die Form der Auflassung unter Konstituirung eines Zinses bei Mobilien nicht anwendbar ist. Mithin ist die gewöhnliche Auslegung der Stelle vollkommen gerechtfertigt und dadurch bewiesen, daß der Schwabenspiegel die Gerichtlichkeit der Auflassung als zulässig, aber nicht als wesentlich betrachtet.

Den Gegenbeweis glaubt man durch eine andere Stelle des Schwabenspiegels [176]) führen zu können:

Ane des vogts ding mac nieman seyn eygen hin geben, das es krafft mug haben.

Hiergegen ist eingewendet worden [177]), der angeführte, nicht in allen Handschriften vorkommende und nicht überall gleich geformte Artikel sei ein späterer Zusatz. Dieser Einwand ist nicht haltbar, denn die Stelle findet sich schon im Deutschenspiegel 71 f:

An eleich dinch mag nieman sein eigen hin gegeben daz ez craft muge haben.

Gleichwohl ist derselben die Beweiskraft für die in Rede stehende Frage abzusprechen. Das vogts ding wird erläutert durch den Zusatz: ettwa heisset es budinck, oder wie im Deutschenspiegel gesagt ist: etwa haizzet ez pautaidinch. Es ist mithin nur von einer Klasse von Gerichten, von dem Hofding der Bauern, die Rede. Weßhalb bei diesen der Richter zu Veräußerungen mitwirken soll, erhellt aus einer andern Stelle desselben Rechtsbuches [178]):

---

175) Das von Siegel Erbrecht S. 106. angeführte Argument ist von Lewis a. a. O. mit Recht bestritten.

176) Schwsp. 22. I; Wack. 349. Lahr. 312.

177) Sandhaas a. a. O. S. 34. Merkel a. a. O. S. 174.

178) Dsp. 39. Schwsp. 39.

Digitized by Google

Ane des rihters urlop git ein man sin eigen wol sinen erben. Lit aber daz eigen *uf dem lande oder in dorfern*, er sol behalten ein halbe hube, da man einen wagen uf gewenden muge, *da sol man dem rihter von dienen;* und dient aber er dem rihter sin reht uz, so verkoufet er sin gut gar wol.

Weil die Bauern dem Richter oder dem Herrn, von dem der Richter das Gericht hat, Frohndienste zu leisten haben, soll der Richter in die Veräußerung einwilligen, indem der Veräußerer sich dadurch der als Reallast auf dem Gute haftenden Dienstpflicht entzieht. Behält er so viel Grundbesitz, daß er davon dienen kann, eine halbe Hufe, so bedarf er der Erlaubniß des Richters zur Veräußerung nicht. Nicht in seiner richterlichen Eigenschaft, sondern als Dienstherr hat der Richter mitzuwirken. Die Vornahme der Auflassung vor Gericht wird nicht in Anerkennung eines allgemein gültigen Rechtssatzes, sondern bei dienstpflichtigen Grundstücken wegen des finanziellen Interesse der Herrschaft gefordert.

Die Annahme, daß zwar der Sachsenspiegel nebst anderen sächsischen Rechtsbüchern, nicht aber der Schwabenspiegel die Gerichtlichkeit der Auflassung erfordere, wird besonders unterstützt durch die Stellen, welche von der Satzung handeln. Nach sächsischem Recht heißt es [179]):

Sal man gut setten, als it helpende si, dat mut geschien vor des landes richtere, so dat man is die dingplichten to getüge hebbe.

Indem das schwäbische Lehnrecht diese Stelle des sächsischen Lehnrechts wiedergiebt, läßt es mit unverkennbarer Absichtlichkeit dasjenige aus, was darin von der Gerichtlichkeit der Satzung gesagt ist [180]):

Sol satzunge geschehen, daz helfende si, daz muz geschehen mit des herren hant, und satzunge erziuget ein man wol mit luten, die nit des herren man sint.

179) Sächs. Lehnr. 55. §. 8.
180) Schwäb. Lehnr. 95. b.

Digitized by Google

An einer andern Stelle des ſchwäbiſchen Lehnrechts wird zwar eine vor Gericht vorgenommene Satzung erwähnt[181]):

> Gut mac der herre setzen einem man ane manschaft, daz stet an des herren triwen ...; mac aber ein man erziugen, daz ez vor gerihte geschehen ist, der behebt damit ein phantschaft;

allein es iſt hier nur geſagt, daß eine vor Gericht geſchehene Satzung durch das Gerichtszeugniß zu erweiſen iſt, keineswegs daß eine Satzung nur vor Gericht gültig vorgenommen werden kann. Eine außergerichtlich, aber vor zwei Genannten als Zeugen vorgenommene Satzung erklärt das Wiener Stadtrecht für gültig[182]), und das Keyſerrecht ſagt von der urkundlichen Form der Satzung[183]):

> auch hat der keyser heizzen gleuben den briefen, die ein man gibt uber ein gut, daz er vorgiftet hat oder virkouft oder vorsatzt ...

Was die Form der Auflaſſung anlangt, ſo mußte dieſelbe, wo gerichtliche Auflaſſung nöthig war, bei dem Gerichte, in deſſen Bezirke das zu verſetzende Grundſtück lag[184]), und zwar vor dem Landgerichte auch dann vorgenommen werden, wenn ein Lehn verſetzt werden ſollte[185]), da es ſich bei der Satzung um Begründung eines allodialen Rechts handelte. In denjenigen Städten, in welchen die Auflaſſung bei Eigenthumsübertragungen

181) Schwäb. Lehnr. 94. b. = Sächſ. Lehnr. 55. §. 6.

182) Wiener St. R. 1221. §. 40. (Gaupp II. 247; bei Biſchoff 188. §. 39): ut omnis emptio et venditio, obligatio, pignoratio, donatio predіorum, domorum, vinearum vel quarumcunque rerum, que estimate fuerint ultra 8 talenta ... coram 2 vel pluribus illorum 100 virorum celebretur.

183) Keyſ. R. II. 27.

184) Vgl. Stobbe in Jahrb. von Bekker und Muther I. 436.

185) Sächſ. Lehnr. 55. §. 8.

186) Albrecht Gew. 142. bemerkt mit Recht gegen Eichhorn §. 361. a, daß die zum Beweiſe der Nothwendigkeit gerichtlicher Auflaſſung bei der (älteren) Satzung benutzten Stellen Hamb. R. 1270. I. 13, Lüb. R. II. 24, 36, III. 53, 131, 159, IV. 85, Brem. Ord. 19. (Oelrichs 75) nicht nothwendig von dieſer Art der Satzung zu verſtehen ſind. Es entſteht aber die weitere Frage, ob ſie überhaupt auf die Auflaſſung zu beziehen ſind; vgl. unten §. 8. Note 51 ff.

Digitized by Google

nicht vor Gericht, sondern vor dem Rath oder nach Wahl der Vertragschließenden vor dem Gericht oder Rath vorzunehmen war, galt ohne Zweifel dasselbe auch von der Auflassung bei der Satzung[186]). Der Akt der gerichtlichen Auflassung war bei Eigenthumsübertragung und Satzung gleich[187]). Insbesondere erscheinen in beiden Fällen dieselben Symbole, die Auflassung mit Mund und Hand oder mit Finger und Zungen nach sächsischer, mit Mund und Halm oder Hand und Halm nach fränkischer Sitte[188]), was nicht auffallend ist, da diese Zeichen die in beiden Fällen gleichmäßig eintretende Aufgebung und Ergreifung des Besitzrechts, nicht aber die in beiden Fällen verschiedene Natur des übertragenen Rechts ausdrücken.

Die *außergerichtliche* Auflassung konnte mündlich vor Zeugen[188a]) oder schriftlich durch Ausstellung und Besiegelung einer Urkunde geschehen. Für die erstere Form sind keine urkundlichen Beispiele zur Hand; man darf aber annehmen, daß in Gegenwart der zu diesem Zweck erbetenen Zeugen durch eine mündliche Erklärung und eine damit verbundene symbolische Handlung, unter Anwendung der auch bei gerichtlicher Auflassung üblichen Symbole, der Verpfänder die Gewere aufgab und der Pfandempfänger dieselbe empfing. Bei Anwendung der schriftlichen Form ersetzt das Geben und Nehmen der Urkunde den symbolischen Akt. Es scheint, daß in der Regel, der zweiseitigen Natur der Satzung gemäß, zwei Urkunden ausgestellt wurden, ein vom Verpfänder ausgestellter Pfandbrief und ein vom Pfandempfänger ausgestellter Gegenbrief, literae reversales. Von

187) Berm. Ssp. I. 46, 4; dazu I. 31, 1. und I. 45, 1.

188) Z. B. Urk. 1386 bei Potgieser (oben S. 10. N. 22) über die Verpfändung der Veste Vallendar von den Grafen von Sayn an die Herrn von Runkel: so han wir diese vorg. gute aufgegeben und aufgetragen mit munde und halme ... in vollen gericht zu Vallendar (als) es gewohnlich ist.

188a) Augsb. R. (Freyberg) 140: hat aber er ez sust jemen gesetzet ane den burggrafen, mak der bringen selbe dritte, daz erz im gesetzet habe mit nutz unde mit gewer unde mit zins und mit gewer so sol ez im auh staete beliben.

Digitized by Google

manchen Fällen sind beide Urkunden erhalten[189]). In andern Fällen ist die eine Urkunde erhalten und die Ausstellung der andern darin erwähnt[190]). Wo ein Gegenbrief sich findet, kann man mit Sicherheit unterstellen, daß auch ein Pfandbrief ausgefertigt worden ist[191]). Es kommt auch vor, daß eine einzige Urkunde ausgestellt und im Interesse beider Vertragschließenden bei einem Dritten mit der Verabredung hinterlegt wird, daß er sie dem Pfandempfänger zu etwa nöthigem Gebrauche vorbehaltlich der Rückgabe zustellen und im Falle der Einlösung dem Verpfänder zurückgeben soll[192]). Die gerichtliche Auflassung erscheint vortheilhafter als die außergerichtliche, weil sie den Beweis durch Gerichtszeugniß ermöglicht und weil eine rechte Gewere nur in Folge einer gerichtlichen Auflassung entsteht, indem die Präklusion der Ansprüche Dritter, auf welcher die rechte Gewere beruht, einen Akt des Richters voraussetzt[193]). Es ist daher nicht befremdend, daß gerichtliche Auflassungen auch da vorkommen, wo die Auflassung nicht nothwendig vor Gericht vorzunehmen war.

Die Wirkung der Auflassung ist dahin zu bestimmen, daß sie zur Begründung des Pfandrechts an Immobilien nöthig, aber auch genügend ist. Dies ist nach zwei Seiten hin nicht außer Zweifel.

Es ist behauptet worden, daß bei Veräußerungen die Auf-

189) Z. B. Urk. 1225. bei Lünig Cod. Germ. dipl. II. 1917. (Pfandbrief) 1919 (Gegenbrief). Urk. 1367 bei Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 410.

190) Vgl. Häberlin Meichelb. S. 147.

191) Ein großer Theil der in diesem Paragraphen angeführten Urkunden ist vom Pfandempfänger ausgestellt.

192) Urk. 1407. bei Wippermann Obernkirch. Urk. B. Nr. 381.

193) Das Institut der rechten Gewere bildet die geschichtliche Grundlage für die nach vielen Partikularrechten statthafte Ediktalladung bei Veräußerungen zur Sicherstellung des Erwerbers gegen Anfechtung der Veräußerung durch Dritte. Wo es jetzt eines Proklams bedarf, genügte ehemals die Verkündigung in öffentlicher Gerichtsversammlung. Zunächst werden die Anwesenden durch dreimaliges Aufbieten aufgefordert, etwaigen Widerspruch gegen die Veräußerung zu erheben; erfolgt kein Widerspruch, so werden die Anwesenden präkludirt und die Abwesenden peremtorisch aufgefordert, etwaigen Widerspruch binnen Jahr und Tag zu erheben. Vgl. die anschauliche Darstellung in Verm. Ssp. I. 46, 4. und I. 31, 1.

Digitized by Google

lassung nicht den Eigenthumserwerb herbeiführe, sondern daß der Abschluß des auf die Eigenthumsübertragung gerichteten Rechtsgeschäfts mit hinzukommendem Besitz des Grundstücks der Acquisitivakt sei, ohne daß die Auflassung auch nur die Bedeutung eines den Akt vervollständigenden Momentes habe[194]). Wäre dies richtig, so würde es auf die Satzung ohne Weiteres zu übertragen sein. Allein dieser romanisirenden Auffassung ist nicht beizustimmen. Freilich wird in den Quellen gesagt, durch die Auflassung gehe die Gewere über, und die Gewere ist nicht das Recht, das ihr zu Grunde liegt. Aber indem die Gewere, als Besitzrecht gedacht, einen wesentlichen Bestandtheil dieses Rechtes bildet, ist Letzteres nicht erworben, so lange die Gewere nicht erworben ist. Wenn auch das erworbene Recht fortdauern kann, obschon der Berechtigte die Gewere auf einen Andern übertragen hat, dessen Gewere er sich zurechnet, so ist doch hieraus nicht zu schließen, daß das Recht ohne die Gewere erworben werden könne. Ist ein Grundstück veräußert oder verpfändet und übergeben, aber nicht aufgelassen, so ist der Besitzer freilich nicht recht- und schutzlos; er hat die Rechte, welche die Innehabung oder faktische Gewere gewährt, und er hat gegen seinen Auktor ein Forderungsrecht auf Auflassung und Gewährleistung, so daß er, wenn er von einem Dritten auf Herausgabe des Grundstücks belangt wird, die Vertretung durch den Geweren fordern kann. Aber offenbar berechtigt dies nicht zu der Behauptung, er habe ungeachtet mangelnder Auflassung das Eigenthum oder Pfandrecht erworben. Wie vom Lehn gesagt wird, lehen ane gewer ist nut lehn und gewere ane lenunge hat deheine craft[195]), so kann man mit demselben Rechte sagen, Satzung ohne Gewere ist keine Satzung und der ohne Auflassung übertragene Pfandbesitz hat als solcher keine Kraft.

Es ist ferner die Ansicht aufgestellt worden, daß bei Veräußerungen die Auflassung allein zur Uebertragung des Eigenthums nicht hinreiche, vielmehr die Besitzübertragung hinzukommen

194) Friedlieb Reallasten S. 224.
195) Sächs. Lehnr. 59. §. 3. Schwäb. Lehnr. 106.

müsse[196]), welche Ansicht, wenn sie begründet wäre, auch auf die Satzung Anwendung finden würde. Man darf annehmen, daß das Recht in dem Zeitpunkt entstand, wo die Gewere entstand. Daß aber die Gewere nach Landrecht durch die Auflassung allein entstand, hat Stobbe[197]) überzeugend nachgewiesen. Dieser Ausführung ist um so mehr beizupflichten, als der damit verbundenen Behauptung, nach Lehnrecht sei zur Entstehung der Lehnsgewere neben der Belehnung die Beweisung erforderlich, nicht beizustimmen, sondern der landrechtliche Grundsatz auch beim Lehn anwendbar sein dürfte, obwohl der entgegengesetzten Meinung die Autorität Homeyers zur Seite steht[198]). Daß zur Belehnung die Beweisung hinzukommen müsse, wird gefolgert aus Sächs. Lehnr. 7. §. 6, 10. §. 3. und Schwäb. Lehnr. 20, 158. Letztere Stellen erklären sich aus ihrer Quelle, dem sächsischen Lehnrecht[199]). Die angeführten Stellen des Letzteren aber handeln nicht von der Belehnung im Allgemeinen, sondern von derjenigen Art der Belehnung, von welcher unmittelbar vorher in 7. §. 1. §. 5. und 10. §. 2. die Rede ist, nämlich von der wardunge oder dem unbenannten gedinge. Bei der Eventualbelehnung, die sich nicht auf ein namhaft gemachtes, sondern auf das nächste heimfallende Lehn bezieht, wird zur Entstehung der Gewere des Eventualbelehnten neben der bereits geschehenen Belehnung und dem Eintritt der Bedingung, unter welcher sie ertheilt ist, weiter verlangt, daß der Lehnsherr das Gut beweise; nicht als ob dies bei jeder Belehnung zur Einräumung der Gewere nöthig wäre, sondern weil die bis dahin unvollständige Belehnung durch Benennung des Lehnsobjekts zu ergänzen ist. Daher verhält es sich anders bei der Eventualbelehnung, welche

196) Sandhaas a. a. O. S. 52 ff. Gengler Grdz. S. 112. hält die Beweisung neben der Auflassung nach karolingischem, nicht nach späterem Rechte nöthig. Bluntschli D. P. R. §. 61. nimmt an, daß in manchen Gegenden die Auflassung allein genügte, in andern nicht.

197) Encycl. von Erich und Gruber, Erste Section Th. LXV. S. 457, 458. (1857).

198) System des D. Lehnrechts S. 397.

199) Vgl. Dsp. Lehnr. 29.

Digitized by Google

als benomet gedinge sich auf ein bestimmtes Lehn bezieht; auf Grund dieser Belehnung tritt die Gewere des Eventualbelehnten sofort ohne Beweisung ein, sobald der letzte Lehnsmann stirbt: die gewere des gudes is irstorven uppe dene, deme it gedinge gelegen was[200]). Hieraus ergiebt sich, daß auch bei einer gewöhnlichen Belehnung die Gewere ohne Beweisung entstand; denn die Wirkung einer unbedingten Belehnung ist der Wirkung einer bedingten beim Eintritt der Bedingung gleichzuachten. Wenn in Sächs. Lehnrecht 6. §. 1. gesagt ist, der Lehnfolger erwerbe beim Tode des Vorbesitzers die Gewere ohne Beweisung, so ist damit noch nicht gesagt, durch Belehnung erwerbe man die Gewere erst bei hinzukommender Beweisung.

Die Wirkungen der Satzung sind zweifacher Art. Der Verpfänder räumt dem Pfandempfänger gewisse Rechte an dem Pfande ein. Zugleich versprechen der Verpfänder einerseits, der Pfandempfänger andererseits gewisse Handlungen oder Unterlassungen in Beziehung auf das Pfand. Man kann daher die dinglichen und die obligatorischen Wirkungen der Satzung unterscheiden. Sie verhalten sich zu einander, wie im Falle einer käuflichen Eigenthumsübertragung die Wirkungen der Veräußerung zu den Wirkungen des Kaufgeschäfts.

1. Dingliche Wirkungen der Satzung.

A. Rechte des Pfandempfängers.

Die Rechte, welche der Verpfänder dem Pfandnehmer einräumt, sind, wenn nichts darüber verabredet worden, andere bei dem Mobiliarpfande als bei Immobiliarpfandschaften. Es muß daher die Darstellung derselben nach dem Gegenstande der Verpfändung getrennt werden.

a) Bei Mobiliarpfändern.

Der Pfandempfänger hat die Gewere des Pfandes, das Recht, dasselbe bis zur Einlösung zu besitzen. Dagegen steht ihm

200) Sächs. Lehnr. 57. §. 1. Homeyer a. a. O. 334.

Digitized by Google

nicht zu, das Pfand zu gebrauchen oder die Früchte desselben zu ziehen. Dies ist in manchen Quellen ausdrücklich ausgesprochen[201]; in andern ist es stillschweigend dadurch anerkannt, daß der Schaden, welcher ein versetztes Thier nicht „zwischen Wasser und Krippen", d. h. nicht im Stalle oder auf dem Wege zur Tränke und Schwemme, also beim Gebrauche trifft, als ein vom Pfandbesitzer verschuldeter, nämlich durch Ueberschreitung seiner Befugniß veranlaßter betrachtet wird[202]. Gegen diesen bisher allgemein anerkannten Rechtssatz[203] ist neuerdings ein ganz verfehlter Angriff gerichtet worden[204]. Es wird behauptet, nach dem Recht des Sachsenspiegels sei es wenigstens wahrscheinlich, daß der Pfandbesitzer das Gebrauchs- und Nutzungsrecht gehabt habe; aber es ist durchaus kein Grund für diese Behauptung beigebracht. Der Sachsenspiegel schweigt einfach über diese Frage. Er äußert sich auch nicht indirekt darüber Wenn er (III. 5. §. 5) erörtert, ob der Pfandbesitzer zu haften habe, wenn das versetzte Thier ohne seine Schuld sterbe, so ist damit auch nicht indirekt die Frage berührt, ob er ohne Schuld sei, wenn er das Thier gebrauche und dasselbe während des Gebrauchs von einem Zufall betroffen werde. Auch aus dem Rechtsbuche nach Distinktionen ergiebt sich keineswegs, daß man dem Pfandbesitzer das Recht des Gebrauchs oder Fruchtgenusses zugeschrieben und eine Unterscheidung, ob der Zufall das Thier zwischen Wasser und Krippe oder auswärts betroffen, nur insofern zugelassen habe, als sie durch besondere Verabredung begründet sei[205]. Es wird da-

201) Schwsp. 258 b: er sol ez ouch niene riten, wan mit sinem urlobe. Kulm. V. 34. Münch. R. 42: der sol daz behalten an gevaerd und chain nutz dar ab nemen. Bayr. L. R. 243. (Freyberg IV. 469). Lüb. R. bei Hach S. 320: un de en pant uthsettet, wert dat pant ghebruket sunder des ghennen willen, de id uthgesettet heft, he mach sin pant weddder nemen ... dat mud he wedden mit 60 sch.

202) Brem. Ord. 1303. Nr. 3. (Oelrichs 68). Verm. Ssp. III. 14, 11, IV. 42, 20. Münch. R. 93. Bayr. L. R. 243.

203) Albrecht Gew. S. 133. Budde Ztschr. f. D. R. IX. 430. Neumann Wucher 181.

204) Rückert Unterss. über das Sachenrecht S. 117.

205) Rückert a. a. O. 118.

Digitized by Google

selbst (IV. 42, 20) von dem Falle, daß das versetzte Thier ohne Schuld des Pfandbesitzers stirbt, gesagt: he en darf is nicht gelden .. ane wo man czwuschen crippen unde wasser gelobet; d. h. stirbt das Thier auswärts, so muß der Pfandbesitzer Ersatz leisten, weil der Zufall als casus mixtus seinem Verschulden beizumessen ist, indem er das Thier nicht gebrauchen durfte; stirbt aber das Thier im Stalle ohne seine Schuld, so hat er nur in Folge einer besondern Verabredung Ersatz zu leisten. Diese Entscheidung stimmt überein mit einer andern Stelle desselben Rechtsbuchs (III. 14, 11)

> waz dem fih wedderferth zcwischen wasser und crippen, daz ist dem geschen, der is gesaczt had; geschet is abir ussewendig, daz is jeme wedderfarn, des phant is ist.

Die angeführten Stellen handeln fast sämmtlich von versetzten Thieren. Es ist daher unrichtig, wenn Zöpfl [206]) behauptet, der Pfandbesitzer habe wenigstens bei essenden Pfändern das Recht des Gebrauchs und Fruchtgenusses gehabt, in welchem Falle die Pfandbestellung in den Begriff des Leistens übergegangen sei [207]). Hierbei ist ein Vertrag unterstellt, durch welchen ein Thier dem Gläubiger übergeben wird, um durch seine Arbeit die Schuld abzuverdienen. Die Möglichkeit eines solchen Vertrags ist nicht zu bestreiten. Es fehlt aber am Beweise, daß dieses Geschäft als Satzung betrachtet worden sei, und wenn dies auch der Fall wäre, so würde doch daraus nicht folgen, daß dem Pfandbesitzer das Recht des Gebrauchs und der Nutzung auch dann zugestanden habe, wenn es ihm nicht durch eine Verabredung bei der Satzung eingeräumt worden.

Daß dem Pfandbesitzer noch andere Befugnisse zustanden, als das Recht, das Pfand zu besitzen, ohne es zu gebrauchen, ist von vorn herein außer Zweifel. Wenn ihm kein Recht auf Rückzahlung des Pfandschillings zustand und wenn der Verpfänder

206) R. G. S. 853.

207) Es liegt hier die eigenthümliche Vorstellung vom Leisten zu Grunde, welche Zöpfl Bamb. R. 223. aufgestellt und R. G. S. 856. festgehalten hat. S. dagegen Stobbe Vertr. 186. N. 11.

Digitized by Google

ſich nicht bewogen fand, das Pfand einzulöſen, ſo würde daſſelbe für den Pfandbeſitzer werthlos, ja läſtig geweſen ſein, wenn ihm nicht ein Mittel zu Gebote geſtanden hätte, ſich vermittelſt des Pfandes ein Aequivalent für den Pfandſchilling zu verſchaffen. Es entſteht aber die Frage, ob das Pfand dem Empfänger zum Eigenthum verfiel, ſo daß er durch die Satzung einen Gewinn erlangte, falls der Werth des Pfandes den Pfandſchilling überſtieg, oder ob er nur die Befugniß hatte, das Pfand zu verkaufen und den Erlös bis zum Belauf des Pfandſchillings ſich anzueignen. Letzteres iſt bisher allgemein angenommen[208]). Die entgegengeſetzte Anſicht aber ſcheint den Vorzug zu verdienen.

Sieht man vorläufig von den Quellenzeugniſſen für die eine oder andere Meinung ab, ſo kann jedenfalls nicht behauptet werden, daß das Verkaufsrecht bei jedem Pfandrecht ſelbſtverſtändlich ſei. Es iſt dies nicht einmal dann zu behaupten, wenn man von dem römiſchen Pfandrechtsbegriff ausgeht; auch im römiſchen Recht hat das Diſtraktionsrecht des Pfandgläubigers ſich erſt nach und nach entwickelt[209]). Um ſo weniger kann es vom deutſchen Pfandrechte behauptet werden. Hat die Satzung urſprünglich die Bedeutung eines Strafgedings gehabt und hieraus die Satzung in der Bedeutung eines Tauſchgeſchäfts ſich entwickelt, ſo iſt es begreiflich, daß das Pfand im Falle der Nichteinlöſung wie anfangs zur Strafe ſo nun als Aequivalent der gezahlten Summe dem Pfandempfänger zum Eigenthume verfiel. Es entſpricht dem Charakter dieſes Geſchäfts, welches nicht die Sicherſtellung einer Forderung bezweckte, daß es wie ein Kauf Gewinn oder Verluſt herbeiführen, alſo dem Pfandempfänger mehr als bloßen Erſatz des Pfandſchillings gewähren konnte. Auch bei der Immobiliarſatzung findet man das Diſtraktionsrecht nicht. Aehnlich iſt die Entwicklung des Pfandrechts in anderen Rechten, z. B. im jüdiſchen Rechte, welchem der Verkauf des

208) Albrecht Gew. S. 133. Budde Ztſchr. f. D. R. IX. 430, 433. Renaud Ztſchr. f. R. W. und G. G. des Auslands XXI. (1849) 310. Walter R. G. §. 568.

209) Dernburg I. 84.

Pfandes anfangs fremd war[210]), während er im Schulchan Aruch vorkommt[211]).

Was sodann die Quellenzeugnisse betrifft, welche für das Distraktionsrecht des Pfandbesitzers angeführt werden, so ist der Stelle der Volksrechte, auf welche man sich vorzugsweise beruft, der schon oben behandelten L. Wisig. V. 6, 3, alle Beweiskraft abzusprechen, weil sie römisches Recht enthält[212]). Man könnte ferner zwei Stellen aus der Kapitularienſammlung des Benedictus Levita anführen[213]):

Si quis creditor, debitore in solutionem tardante, rem sibi pro debito positam distraxerit, si quid amplius acceptum fuerit, quam debebatur, quod amplius acceptum est restituatur debitori.

Creditor si sine conditione pignus sibi depositum tenens ter debitorem convenerit, ut soluto debito pignora sua recipiat, et debitor noluerit post tres admonitiones soluto debito pignora sua recipere, creditor distrahendi pignoris habebit liberam potestatem.

Aber in dieſer trüben Quelle iſt ächter Kapitularieninhalt mit fremden, namentlich römiſchen Beſtandtheilen vermengt, und man wird um ſo weniger Bedenken tragen, zu den letztern das dem Pfandgläubiger zugeſchriebene Distraktionsrecht zu zählen, da auch bei dem genommenen Pfande der Pfandverkauf von den Volksrechten bis zur karolingiſchen Zeit nicht ausgebildet war[214]). Was ferner die Periode der Rechtsbücher anlangt, ſo müſſen zunächſt diejenigen Stellen, welche von der Pfändung handeln, als

210) Michaelis Moſ. R. III. 61: „Bei den Israeliten muß es zu Moſis Zeit ſehr gewöhnlich geweſen ſein, auf Pfand zu leihen, und zwar auf Pfand, wie das Wort nach dem natürlichen Rechte verſtanden wird, daß nämlich der Gläubiger ſich das Pfand im Nichtbezahlungsfalle ohne weitere obrigkeitliche Hülfe ſelbſt zueignen konnte und es ſo gut, als ob er es durch das unbezahlt gebliebene Darlehn erkaufte, behielt".

211) Faſſel (oben Note 23) I. §. 462.

212) Vgl. oben §. 6. Note 38 ff.

213) L. VII. c. 299, 313. (Walter II. 741, 743).

214) Oben §. 2.

Digitized by Google

unbeweisend ausgeschieden werden. Nur bei dieser, nicht beim Verfatze erwähnen der Sachsenspiegel sammt dem Richtsteige und der Schwabenspiegel den Pfandverkauf. Sodann können diejenigen Stellen nicht in Betracht kommen, welche das Distraktionsrecht bei solchen Pfändern erwähnen, die in der im folgenden Paragraphen zu erörternden Weise „um Schuld" gesetzt werden, da hierbei dasselbe Verfahren eintritt wie bei der Pfändung[215]). Bei den wenigen nach dieser Ausscheidung übrig bleibenden Quellenaussprüchen[216]) muß man es dahin gestellt lassen, ob sie die Befugniß, das Pfand zu verkaufen, aus dem Pfandrechte oder aus dem Eigenthum ableiten, welches dem Pfandbesitzer bei versäumter Einlösung verfällt. Wo der Pfandverkauf nur als Befugniß, nicht als Obliegenheit des Pfandbesitzers dargestellt und von einer Verpflichtung desselben zur Herausgabe der Hyperocha nicht die Rede ist, erscheint die letztere Auffassung zulässig[217]). Gesetzt aber auch, es wäre in einzelnen Stadtrechten die Distraktion des Pfandes eingeführt, so würde man daraus keinen gemeinrechtlichen Grundsatz entnehmen können.

Die Beweisgründe für die Annahme des Distraktionsrechts sind demnach ungenügend. Dagegen sprechen folgende Gründe dafür, daß das Pfand, wenn es nicht eingelöst wurde, dem Pfandempfänger zum Eigenthum verfiel. Zunächst ist dies außer Zweifel für den Fall, daß die lex commissoria dem Satzungsvertrag ausdrücklich beigefügt war, was bei Immobilien häufig vorkommt, aber auch bei Mobilien hier und da erwähnt wird[218]). Ebenso

215) Dahin gehören Hamb. R. 1270. I. 14. Lüb. Hamb. R. (Hach III.) 255. Frankf. Schulth. R. bei Thomas 297. vgl. mit Schöff. Ger. O. §. XIII. das. 273. Prag. Rechtsb. 23. (Rößler 108) vgl. mit St. R. 119. (das. 75).

216) Man beruft sich auf Lüb. R. (Hach) II. 74, 156, 160, III. 45, 81, 150.

217) Die Redaktion des Lüb. R. bei Brokes II. 251, III. 152. unterstellt die Herausgabe der Hyperocha, indem sie den Pfandbesitzer für verpflichtet erklärt, dem Verpfänder anzuzeigen, welchen Kaufpreis er erzielt habe.

218) Lüb. Stadtb. Inskr. 1325 (Pauli Lüb. Zustände S. 221) unum promonem et quandam navem aliam et vasa apta ad braxandum .. impignoraverunt .. que omnia, si infra hinc et pascha proximum non disbrigaverint vel si debitum prenotatum non persolverint, idem ... poterit vendere absque ulla prosecutione coram judicio facienda. Urk.

Digitized by Google

wenig ist ein Zweifel da vorhanden, wo zufolge statutarischer Festsetzung die versetzten Pfänder binnen einer bestimmten Frist eingelöst werden mußten und verwirkt waren, wenn diese Frist versäumt wurde. Eine solche Bestimmung findet man in manchen Juden-Privilegien [219]), mitunter mit dem Zusatz, daß der Jude das Pfand bei Ablauf der Frist seinem Richter vorzeigen soll [220]). Aber auch da, wo weder ausdrücklich verabredet noch statutarisch festgesetzt war, daß das Pfand nach Verlauf einer bestimmten Einlösungsfrist dem Pfandempfänger verfallen solle, trat, wie es scheint, diese Wirkung ein, wenn der Letztere die Präklusion des Einlösungsrechtes dadurch herbeiführte, daß er den Verpfänder gerichtlich zur Einlösung peremtorisch auffordern ließ. Das Pfand verfiel mithin nicht von selbst, aber der Pfandbesitzer war im Stande, den Verfall herbeizuführen.

Die Hauptbeweisstellen enthält das Rechtsbuch nach Distinktionen:

1343 (Lünig Cod. dipl. Germ. II. 9). Der Markgraf von Mähren versetzt dem König von Polen Mobilien mit dem Versprechen, sie auf eigene Kosten und Gefahr nach Krakau zu schaffen, und mit dem Beifügen: quae quidem pignora, si intra hinc et festum Assumt. Mariae Virg. non exsolvimus (auslösen), ipse dominus Rex Poloniae dicta pignora pro se retinendi, ea obligandi, vendendi et de eisdem alias disponendi plenam facultatem habebit, prout suae placuerit voluntati.

219) Priv. 1403 für die Juden zu Brixen (Bischoff St. R. 13): und war ein phand mer dan ain jar stet, so sol es des juden aigen sein, ob das ze Trient und ze Bozen auch also der juden recht ist ... Wär aber ein taedung zwischen in auf ain zeit, so soll aber nach derselben vergangen zeit das phand sein aigen sein und bedarf der jud nicht ain jar zu beiten. Gleichen Sinn hat wohl Augsb. R. (Freyberg 40). Wirt eime juden ein beslozzen phant gesetzet ane burgen, daz sol er gehalten jar unde tak, ist ez der phenninge wärt. Ist ez ir niht wärt, so mag er dem burggrafen wol clagen, daz man im mer phandes gäbe oder daz er ez mit rehte verkaufe.

220) Priv. 1253 für die Prager Juden §. 27. (Rößler 184). Si Judaeus receperit a Christiano pingnus, et per spacium unius anni tenuerit, si pingnoris valor mutuam pecuniam non excesserit, Judaeus pingnus judici suo demonstrabit, ut postea habeat libertatem vendendi. Si quod pingnus apud Judaeum diem et annum remanserit, *nulli postea desuper respondebit.*

Digitized by Google

Phant dy eyn vorsaczt werden unvorclaget an gerichte, der en darf man nicht ufbiten. Wan man sy nicht mer halden wel, so sal her sy ome wedder anbiten wissentlich sinen nackebur. Wel her denne sy nicht lassze, so thu her sin beste domete[221]).

Alle phant, dy der jodde innempt, wen he dy nicht lenger halden wel, dy sal he mit wissene cweyger cristen und eyns jodden deme, der dy phand gesaczt hat, anbiten, unde sal dy phand tragen an geheyte bangk unvorclaget unde sal dy phand ufbiten czu dem irsten male unde sal sprechen: herr richter unde ir schepphen, ich ha daz phant angeboten N. unde sal daz uffenbar by namen benennen, do ha ich by gehad myne geczugen, eynen joden unde zwene krysten, dy is saen und horten; des en wel he nicht losen; und bete ouch umbe recht czu erfarn, wy ich forbaz geboren sulle. So teyle man ome, he sulles noch czwer ufbiten. Wen he daz getud, dornoch wende he daz in sinen nucz unde sy von jeme ledigk unde loz[222]).

Man kann der Anſicht ſein, die erſtere Stelle beſchreibe das gewöhnliche, die letztere ein bei Juden ausnahmsweiſe eintretendes Verfahren, das erſtere ſei außergerichtlich, das letztere gerichtlich[223]). Indeſſen laſſen beide Stellen ſich in Einklang bringen, wenn man annimmt, daß ſie ſich gegenſeitig ergänzen. Die erſte Stelle ſpricht zunächſt den, auch bei jüdiſchen Pfandbeſitzern anwendbaren, negativen Satz aus: das in den beiden vorhergehenden Diſtinktionen beſchriebene Aufbieten vor dem Gerichte des Schuldners, welches im Exekutionsverfahren und auch dann nöthig ſei, wenn ein wegen Schuld Beklagter Pfand ſetze, ohne es zur Exekution kommen zu laſſen, ſei unnöthig, wenn Pfänder unvorclaget an gerichte, ohne vorgängige Klaganſtellung verſetzt werden. Hierauf folgt die poſitive Darſtellung des im letzteren Falle eintretenden gerichtlichen Verfahrens, welches in der erſten

221) Vern. Sſp. III. 14, 3.
222) Vern. Sſp. III. 17, 15.
223) Meibom in Bekker und Muther Jahrb. IV. 449.

Stelle nur kurz, in der zweiten ausführlich beschrieben wird, und bei Juden und Christen gleichmäßig ist, abgesehn von der Konfession der hinzuzuziehenden Zeugen.

Mit dem Rechtsbuch nach Distinktionen stimmt die ausführliche Darstellung des Freyberger Stadtrechts wesentlich überein[224]). Die kürzere Darstellung in andern Stadtrechten[225]) schließt eine dem Rechtsbuch nach Distinktionen entsprechende Auslegung wenigstens nicht aus. Aus den angeführten Quellen ergiebt sich folgendes Bild des Verfahrens:

1) Es findet ein gerichtliches Verfahren statt, um den Verpfänder zu nöthigen, sein Einlösungsrecht, wenn er dasselbe geltend machen will, binnen einer gewissen Frist auszuüben, widrigenfalls sein Verzicht auf dasselbe angenommen wird und das Pfand verfällt.

2) Das gerichtliche Verfahren ist nicht ein Rechtsstreit des Pfandbesitzers gegen den Verpfänder. Jener soll das Pfand unvorclaget an geheyte bangk tragen. Vielmehr handelt es sich um ein der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehöriges Verfahren zum Zwecke der Präklusion des Einlösungsrechts. Dasselbe reiht sich an andere Fälle an, in welchen das deutsche Recht gestattet, Berechtigte zur Geltendmachung ihres Rechts binnen einer bestimmten Frist bei Meidung des Verlusts des Rechts anzuhalten. Es entspricht diesem Charakter des Verfahrens, daß dasselbe bei dem Gerichte des Pfandbesitzers eingeleitet wird.

3) Das Verfahren besteht darin, daß der Verpfänder dreimal öffentlich vor Gericht und einmal privatim zu Hause und Hof vor Zeugen zur Einlösung aufgefordert wird. Nach dem Rechts-

224) I. 40. (Schott III. 165). Wirt einem manne gesatzit kistinpfant oder allirhande varnde habe, die man getriben unde getragen mac, die sal man nirgen eigen zu rechte, niwan in den vir benken, alse man si uszgebutet zwei dinc u. s. w.

225) Goslar. R. 67, 27. Die Stelle ist auf Mobiliarpfänder zu beziehen, Göschen S. 188. N. 3, S. 190. N. 3. Braunschweig. R. §. 53. (Gengler St. R. 40); weddeschat, dar nen wokere op ne geit, dat man bringen mach von ener ware in de anderen, dat sal man 14 nacht halden. Lüb. R. in den Note 216 angeführten Stellen.

Digitized by Google

buche nach Diſtinktionen geht das Privatanbieten voran[226]), dann folgt das dreimalige öffentliche Aufgebot, bei welchem das Privatanbieten verlautbart wird. Nach dem Freyberger Recht geht das öffentliche Aufbieten voran, dann wird das Pfand dem Pfandbeſitzer geeignet und hierauf noch zu Haus und Hof des Verpfänders getragen und ihm vor Zeugen angeboten[227]), was hier ebenfalls ufbieten genannt wird; worauf dem Verpfänder freiſteht, das Pfand an dieſem Tage noch einzulöſen. Nach Lübiſchem Rechte, wenn man die oben angeführten Stellen hierher beziehen darf, erfolgt zuerſt das Aufbieten öffentlich in Friſten von 14 Tagen, acht Tagen und Quernacht, dann folgt das Anbieten[228]); einmaliges Aufbieten genügt, wenn die Pfandſumme nicht über 8 Schilling beträgt[229]) oder wenn es ſich um Speiſekauf handelt[230]).

Der Vortheil, welchen der Pfandbeſitzer davon hat, daß er das Verfahren bei ſeinem Gericht einleiten kann, ſcheint dadurch wieder aufgehoben, daß er das Pfand dem Schuldner an deſſen Wohnſitz zu Haus und Hof anbieten muß. Um dieſem Uebelſtand abzuhelfen, kommen die Statuten dem Pfandbeſitzer in verſchiedener Weiſe zu Hülfe. Entweder geſtatten ſie eine öffentliche Bekanntmachung anſtatt des Anbietens zu Hauſe und Hofe, wenn der Verpfänder außerhalb des Gerichtsbezirks wohnt[231]), und eine Bekanntmachung in der Wohnung deſſelben, wenn er

226) III. 14, 3. wissentlich sinen nackebur. III. 17, 5. bei Judenpfändern mit wissene eweyger cristen und eyns jodden.

227) a. a. O. sal zwene nackebure nemen darzu, die besezzen sint.

228) Lüb. R. (Hach) II. 160. unde schal et deme kundeghen, de dat pant sin is, in antwor lude, de torfachteghen hebben.

229) Lüb. R. (Brokes) II. 251, III. 152.

230) Lüb. R. (Hach) II. 81, III. 150.

231) Freyberg. R. a. a. O. Ist aber, daz die pfant sint eines uzmannes, eines bercmannes oder eines geburis oder wes si sint vonme lande, so sal si der butel uffen marct tragen und sal erhafte lute darzu nemen unde sal sprechen: dise pfant sint geeignet disem manne als recht ist, daz uch daz wizzelich si; queme noch imant, der sie losen wolde, he gebe si im zu losene hute, alze recht is.

Digitized by Google

im Gerichtsbezirk wohnt, aber nicht anzutreffen ist[232]). Oder sie bestimmen, daß, wenn ein Gast ein Pfand setzt, er einen im Gerichtsbezirk ansässigen Vertreter bestellen soll, der als sein Vormund seine Rechte bezüglich der Einlösung des Pfandes wahrnehme[233]).

4) Wenn das Pfand verstanden[234]), d. h. wenn innerhalb der herkömmlichen Frist auf das Aufbieten und Anbieten des Pfandes die Einlösung nicht erfolgt ist, so wird durch ein richterliches Urtheil die Ausschließung des Einlösungsrechts ausgesprochen oder, was gleichbedeutend ist, das Pfand für verfallen erklärt. Daher wird dieser Ausspruch des Gerichts im Freyberger Recht eigenen, im Goslarschen Recht eghenen und vrede wirken genannt. Wie das Urtheil lautete, ergiebt sich aus dem Rechtsbuch nach Distinktionen:

he wende daz phand in sinen nucz unde sy von jeme ledigk unde loz

oder kürzer:

so thu her sin beste domete.

Der Ueberschuß des Pfandwerthes kam demnach dem Pfandbesitzer zu, was das Freyberger Recht ausdrücklich hervorhebt:

waz die phant bezzer sint, wen sie sten, daz mac he behalden, he mac iz ouch widergeben, *ab he wil*.

Ueberblickt man das gesammte Beweismaterial und zieht man in Betracht, daß das Rechtsbuch nach Distinktionen die Tendenz hat, gemeines Recht, wenigstens gemeines sächsisches Recht darzustellen, so gelangt man mit ziemlicher Sicherheit zu dem Schlusse, daß

232) Goslar. R. 68, 17. Lüb. R. (Hach) II. 160. R. 14.

233) Verm. Sſp. III. 14, 10. Seczt ouch eyn gast eyn phant, der sal eynen gesessen vormunden kisen, der mit dem phande gebore also recht ist.

234) Die verstandenen Pfande werden auch Stickpfande genannt; z. B. Mecklenb. Pol. O. 1572. Tit. X: „weil offtmahls Stick-Pfande ausgesetzt, wo dieselben auf eine bestimmte Zeit nicht eingelöset werden, daß solche Pfanden verstanden und weiter nicht eingelöst werden können“ .... Das Aufbieten der versetzten Pfänder erfolgte bei der Gerichtssäule, to dem sticken; vgl. oben S. 93. Note 209 a.

versetzte bewegliche Sachen nach gemeinem Rechte dem Pfandbesitzer zum Eigenthum verfielen, wenn der Verpfänder ungeachtet peremtorischer gerichtlicher Aufforderung das Pfand nicht einlöste. Daher entspricht dem gemeinen Rechte die bei ältern städtischen Leihhäusern und montes pietatis vorkommende Einrichtung, daß die Pfänder im Falle der Zahlungssäumniß als verfallenes Eigenthum zurückbehalten wurden, auch wenn sie den Betrag der Pfandsumme weit überstiegen [235]).

Die Versilberung des Pfandes durch Verkauf zu dem Zwecke, von dem Kaufpreise zunächst den Pfandschilling zu erstatten und den Ueberschuß an den Verpfänder herauszugeben, erscheint als eine spätere Stufe in der Entwickelung des deutschen Pfandrechts. Es ist nicht zu bezweifeln, daß man wenigstens in einzelnen städtischen Statuten [236]) und bei einzelnen Leih- und Pfandhäusern [237]) zu diesem Distraktionsrechte bereits übergegangen war, bevor mit der Aufnahme des römischen Rechts das Verbot der lex commissoria und die Distraktion der Pfänder gemeines Recht in Deutschland wurde. Die Ursache dieser Veränderung mochte darin liegen, daß, seit die im folgenden Paragraphen zu besprechende Satzung um Schuld üblich wurde, welche auch in der Hingabe eines Faustpfandes bestehen konnte, die Grenze zwischen dieser und der ältern Mobiliarsatzung unsicher und daher auf beide das Distraktionsverfahren angewendet wurde, welches bei der erstern eintrat. Indem nunmehr die Gestattung des Verkaufs an die Stelle des Eigenens trat, gestaltete sich die

235) Neumann Wucher 419.

236) Vgl. die in Note 217 angeführten jüngern Texte des Lübischen Rechts und die jüngere Recension des Freyberger Rechts (Walch III. 182) Art. 53: doch dasz dieses pfand geschätzt sey durch das gerichte und die besserung an (den) dem das guth gewest geweiset werde.

237) Nach *Scaccia* de commerciis et camb. §. I. qu. I. nr. 442. (ed. Genev. 1664. p. 75) und *Salmasius* de foenore trapezitico 1640 p. 659. werden die binnen Jahresfrist nicht eingelösten Pfänder in öffentlicher Auktion verkauft und die Hyperocha dem Verpfänder herausgegeben. Diese Nachrichten gehören jedoch einer Zeit an, auf welche die vorliegende Abhandlung sich nicht erstreckt.

Digitized by Google

Distraktion so, daß in einem auf Antrag des Pfandbesitzers bei seinem Gerichte eingeleiteten, der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörigen Verfahren das Pfand zur Einlösung dreimal öffentlich aufgeboten und einmal dem Verpfänder zu Haus und Hof angeboten, hierauf aber dem Pfandbesitzer gestattet wurde, das Pfand zu verkaufen[238]).

Wo das Pfand dem Pfandbesitzer zum Eigenthum verfiel, falls es nicht eingelöst wurde, konnte derselbe nur auf diese Weise zum Ersatze der Pfandsumme gelangen, falls der Verpfänder zur Einlösung blos berechtigt, nicht verpflichtet war. Dagegen konnte der Pfandbesitzer auch in anderer Weise zu seinem Gelde gelangen, wenn ihm ein Forderungsrecht auf Rückzahlung des Pfandschillings zustand.

Er konnte erstens den Rechtsweg gegen den Schuldner betreten. Wenn dieser die Schuld anerkannte oder zur Zahlung verurtheilt wurde, so bedurfte es keiner Pfändung, da Kläger ein Pfand schon in Händen hatte. Es genügte, die Gewaltigung des bereits in seinem Besitz befindlichen Pfandes zu erwirken, wodurch er die Erlaubniß erlangte, dasselbe zu versetzen oder zu verkaufen. Dieser Weg mußte eingeschlagen werden, wenn der Pfandbesitzer die Zahlung des durch das Pfand nicht gedeckten Theils der Pfandschuld fordern wollte; denn hierauf konnte er erst nach Veräußerung des Pfandes klagen[239]). Einen Fall dieser Art behandelt das Rechtsbuch nach Distinktionen[240]). Es hat Jemand einen Brautschatz versprochen und dafür Pfand gesetzt. Wird das Pfand nicht eingelöst, so darf der Gläubiger dasselbe verpfänden. Dy sacczunge sal man abir sacczen vor gerichte, ab daz phant wol an gerichte gesaczt ist; ouch sal man den dorczu laden, dez daz phanth ist; d. h. der Verfatz des Pfandes soll auf Grund gerichtlicher Ermächtigung nach Ladung des

238) Vgl. auch Augsb. R. 381. o. (Walch IV. 378) und hat auch niemand kein recht, das er ohne gericht pfand verkaufe. Bayr. Landr. 230, 239. (Freyberg IV. 464, 468).

239) Vgl. oben S. 134.

240) Verm. Ssp. I. 15, 1.

Digitized by Google

Schuldners, alſo wie im Exekutionsverfahren geſchehen, obwohl das Pfand außergerichtlich verſetzt iſt. Unde kan man sy nicht vorsecczen, man sal es mit richtes orteyln vorkouffen. Gilt es me, man sol es jenem wedder kern. Gilt is minner, so clage man vort an gerichte unde lasse om furt helffen. Auch dieſes weitere Verfahren iſt das bei der Exekution gewöhnliche. Einen Fall derſelben Art behandelt ein Prager Schöffen-Urtheil[241]). Der Kläger behauptet, der Beklagte ſei ihm 41 Gr. ſchuldig und habe ihm Weine dafür verſetzt. Er klagt mit dem Antrage zu erkennen, daß ex quo essent vadia sua, ipse merito illos 41 grossos in ipsis vadiis merito obtineret.

Dem Gläubiger ſtand noch ein zweites Mittel zu Gebote. Er konnte das Pfand für den Belauf der Pfandſchuld einem Dritten verſetzen, ſo daß dem Schuldner das Einlöſungsrecht verblieb. Es handelte ſich hierbei nicht um eine im Pfandrecht enthaltene Befugniß, auch nicht um eine Abtretung des Pfandrechts an den Dritten oder eine Afterverpfändung. Der Pfandbeſitzer machte vielmehr von einem Rechte Gebrauch, welches jedem Gläubiger zugeſtanden wurde, der ein Retentionsrecht an einer Sache des Schuldners hatte[242]). Die Verpfändungsbefugniß des Pfandbeſitzers wird indirekt dadurch anerkannt, daß hervorgehoben wird, er dürfe das Pfand nicht für einen größeren Betrag, als die Pfandſumme verſetzen[243]), und der Verſatz geſchehe auf ſeine Gefahr[244]).

b) Bei Immobiliarpfändern.

Die Rechtsbücher enthalten faſt gar keine Ausſprüche über

241) Bei Stobbe Vertr. 91.

242) Vgl. oben Note 128.

243) Augsb. R. (Freyberg 132). Ist das ein man dem andern ein phant lihet oder setzet, gat der zu und versetzet daz phant anderswa hoeher, danne man im heizze oder danne ez im stande .... uf swin er bereit, daz ez jeme stunde oder darumbe erz in hiezze setzen, darumbe solz im jener wider geben.

244) Verm. Sſp. III. 14, 6. Wert eyme eyn phant gesaczt adder gelegen, daz he vorbaz vorsecczen wil, vorseczt her is unde wert is vorlorn, daz sal her gelden na sinen werde odder na fruntschaft.

Digitized by Google

die Befugnisse des Pfandbesitzers bei versetzten Immobilien. Man sieht sich daher auf den Inhalt der Pfandurkunden verwiesen. Freilich kann nicht jede Befugniß, welche in einzelnen Fällen dem Pfandbesitzer vertragsweise eingeräumt wird, deßhalb als ein in der Natur der Satzung begründetes, im Zweifel jedem Pfandbesitzer zuzuschreibendes Recht betrachtet werden. Gleichwohl sind die Urkunden ein geeignetes Mittel, den Umfang der im Satzungsrecht enthaltenen Befugnisse festzustellen. Denn hier und da wird eine dem Pfandempfänger beigelegte Befugniß durch den Zusatz als satzes recht ist oder dergleichen als eine bei jedem Pfandbesitzer eintretende bezeichnet. Außerdem ist aus der beständig gleichmäßigen Wiederholung gewisser Vertragsbestimmungen zu entnehmen, daß solche üblich waren und wegen der Ueblichkeit auch bei denjenigen Pfandverträgen zu unterstellen sind, welche mit Stillschweigen darüber hinweggehen.

Unzweifelhaft stand dem Pfandempfänger in Folge der Auflassung die Gewere des versetzten Gegenstandes zu, je nach dem Gegenstande der Satzung die Gewere einer Sache oder eines Rechts. Keine Klausel kommt häufiger in den Pfandurkunden vor, als daß die versetzte Sache zu nutz und gewere, in eines rechten werenden phandes weise, in upborende rowelike hebbende were u. s. w. übergeben werde. Die Gewere des Pfandbesitzers wird als pfandsgewere[245]), satzungsgewere[246]) urkundlich bezeichnet. Daß bei ihr nach Jahr und Tag die gewöhnlichen Wirkungen einer rechten Gewere eintraten, ist schon oben nachgewiesen worden.

Ebensowenig ist zu bezweifeln, daß dem Pfandempfänger bei Immobiliarpfandschaften das Recht des Gebrauchs und Fruchtgenusses zustand. Zahllose Urkunden räumen ihm dasselbe mit dem Bemerken ein, daß die Früchte auf die Pfandsumme nicht abzurechnen seien. Andere Urkunden gestehen dasselbe dem Pfandbesitzer schenkweise oder lehnweise oder mit der Bestimmung zu, daß die Nutzungen auf die Pfandsumme abzurechnen seien. Noch

245) Urk. 1382. bei Haltaus s. v. pfands-gewaer.
246) Landfr. 1281. oben Note 131.

andere Urkunden ſchweigen von dem Nutzungs- und Gebrauchsrechte. Bei dieſer Sachlage glaubt Riccius annehmen zu müſſen, daß nach deutſchem Recht in dieſer Hinſicht gar keine Rechtsregel beſtanden, ſondern in jedem einzelnen Fall der Vertrag entſchieden habe[247]), wogegen Bodmann als Regel aufſtellt, daß die Ueberſchüſſe der Pfandſchaftsnutzungen über die Zinſen der Pfandſumme an letzterer abgerechnet worden ſeien[248]). Daß eine Rechtsregel über dieſe Frage überhaupt beſtand, iſt deßhalb anzunehmen, weil viele Pfandurkunden eine Feſtſetzung darüber nicht enthalten, alſo eine bekannte gewohnheitsrechtliche Feſtſtellung vorausſetzen. Trennt man die Fragen, ob der Pfandbeſitzer ein Recht auf den Gebrauch und die Nutzungen habe, und ob er verbunden ſei, letztere auf die Pfandſumme zu berechnen, ſo muß die erſtere Frage gewiß bejaht werden[249]). Es iſt nicht eine Pfandurkunde beizubringen, worin jenes Recht dem Pfandbeſitzer abgeſprochen wäre. Es wird geſagt, daß daſſelbe dem Landrecht entſpreche:

haben in die vorg. gueter ... versazt und aufgeben und ingeantwurtt aus unser nutz und gwer in ir nutz und gwer .... also das sy das furbas inne haben und der geniessen sullen *als satzes und landes recht ist*[250])

oder:

wollen daz sie dieselben ... inne haben sullen, besitzen und geniezzen *in rechts pfandes weise*[250a]).

Das Nutzungsrecht iſt auch nicht indirekt dadurch abgeſprochen, daß es in manchen Urkunden dem Pfandbeſitzer unter beſonderem Rechtstitel, namentlich ſchenkweiſe[251]) oder lehnweiſe[252]) ein-

247) D. de dom. pign. (oben S. 10. N. 23) p. 80 sq.

248) In der oben Note 157. angef. Abhandl. S. 250.

249) Ueber die zweite Frage ſ. unten Note 443 ff.

250) Urk. 1415. bei Schöttgen et Kreysig Diplom. I. 76.

250a) Urk. 1351. (Boehmer Cod. dipl. Moenofranc. I. 619).

251) Urk. Rudolphs I. 1282. (oben Note 74): sed proventus et redditus ejusdem thelonei sibi et suis heredibus simpliciter de Regia liberalitate largimur. Urk. K. Adolphs 1298. (Wenck Heſſ. Geſch. I. Nr. 100). Urk. 1298. (oben Note 73) fructibus non computandis in sortem, quos ei damus ex speciali gratia per donationem, quae dicitur inter vivos.

Digitized by Google

geräumt wird. Denn obschon die Satzung dasselbe begründete, so war doch die Herbeiziehung anderer Rechtstitel nicht ohne Interesse. Daß die Belehnung des Pfandbesitzers mit den Pfandnutzungen das Rechtsverhältniß desselben modifizirte, wird unten zur Lehre vom Pfandlehn zu bemerken sein. Die Schenkung der Pfandnutzungen aber hatte den Zweck, das Satzungsgeschäft gegen Anfechtung sicher zu stellen, wie hier und da in den Urkunden ausdrücklich gesagt wird. Es ist hierbei nicht, wie Bodmann will[253]), an die aus dem römischen Rechte entlehnte Anfechtung wegen übermäßiger Verletzung zu denken, da die Schenkungsklausel früher vorkommt, als das römische Recht eindrang, sondern an die Anfechtung wegen des kanonischen Wucherverbots. Die Kirche betrachtete seit dem Concil von Tours 1163 den Pfandvertrag als wucherisch, wenn die Pfandnutzungen an der Pfandsumme nicht abgingen[254]). Das Verbot wurde umgangen, indem man die Nutzungen dem Pfandbesitzer schenkweise überließ. Namentlich bedienen sich die Kaiser dieses Auswegs, um sich nicht mit dem kanonischen Rechte in Widerspruch zu setzen. Aber auch Kirchen und Klöster verschmähen es nicht, Pfandschaften ungeachtet des kanonischen Verbots ohne Abrechnung der Nutzungen auf die Pfandsumme zu erwerben, indem sie sich das Nutzungsrecht von dem Verpfänder um des Seelenheils willen in eleemosynam übertragen lassen[255]) oder die Nutzungen gegen die Verpflichtung, jährliche Seelmessen für den Verpfänder zu lesen, wie aus einer Stiftung beziehen[256]).

Urk. K. Ludwigs 1333. (Boehmer Cod. Moenofranc. dipl. I. 526). Was auch der vorg. J. sin husfrawe und ir erben der gut geniezint, alle diewile si iz inne habent, ob sis villicht me nutze hetten, danne die pantschaft verwegen mag, das geben wir im von unser keysirlichen gewalt durch besundir genadt und lieb .. *und wullen nicht, daz sie jeman dorumbe anvertig in keynen weg.* Urk. K. Karls IV. 1368. (Lünig Cod. Germ. dipl. II. 13).

252) Vgl. unten Note 408.

253) a. a. O. S. 250.

254) c. 1, c. 2. X. de usur. (5, 19).

255) Urkunden 1202, 1218, 1234. bei Riccius (oben S. 10. N. 23) §. XXXII.

256) Urk. 1256. (Wenck Hess. Gesch. II. No. 154). Ne quis autem

Als Grund, weßhalb das Nutzungs- und Gebrauchsrecht dem Pfandbesitzer zustand, könnte man die deutsche Rechtsansicht bezeichnen, daß die Früchte durch die auf deren Erzielung verwendete Arbeit verdient seien, zumal in einer Urkunde gesagt wird, daß die Nutzung pro cultura et cura eingeräumt werde[257]). Oder man könnnte den Grund darin suchen, daß jenes Recht ein Korrelat der dem Pfandbesitzer obliegenden Verpflichtung sei, das fruchttragende Grundstück nicht zu verschlechtern, da durch Unterlassung der Kultur eine Verschlechterung eintrete. Wäre das Eine oder das Andere richtig, so würde nur da ein Anspruch des Pfandbesitzers auf die Früchte anzuerkennen sein, wo es sich um Industrialfrüchte handelt. Er bezieht aber auch solche Naturalfrüchte, die ohne Bau wachsen oder die ein Anderer baut, z. B. Zehnten[258]), ferner Civilfrüchte, z. B. die Einkünfte von verpfändeten Renten, Zöllen und Steuern, die Gerichtsnutzungen[259]), die Dienste verpfändeter Eigenleute und die von dem Nachlaß derselben dem Herrn zufallenden Stücke[260]). Der Grund des Rechtes muß daher ein anderer sein. Er besteht darin, daß der Verpfänder das Nutzungs- und Gebrauchsrecht dem Pfandempfänger als Aequivalent für die von ihm gezahlte Pfandsumme bestellt.

Der Umfang dieses Rechtes ist unbeschränkt, wenn der Pfandvertrag keine Schranken zieht. Dem Pfandbesitzer steht ein jeder Gebrauch des Pfandes frei, welcher keine Verschlechterung desselben bewirkt, ferner der Bezug aller Natural- und Civilfrüchte einschließlich der Bußen für die auf dem verpfändeten Grundstücke begangenen Frevel[261]) und die Ausübung aller mit

posterorum nostrorum ratione minorationis solvende pecunie audeat temere computare pignoris nomine predictorum bonorum redditus exinde provenientes medio tempore, karissimis nostris ibidem sepultis et in posterum sepeliendis libere judicamus profuturos. Urk. 1443. (Lisch Meckl. Urk. II. Nr. 130).

257) Albrecht Gew. R. 323.

258) S. oben Note 89. Urk. 1218, 1234. bei Riccius l. c. p. 90.

259) Urk. 1187. bei Kraut Grdr. §. 123. Nr. 28.

260) S. oben Note 87.

261) Schwsp. 216. unde ist daz ein man ein gut von einem andern

dem verpfändeten Grundstück verknüpften privatrechtlichen, staatsrechtlichen und kirchenrechtlichen Gerechtsame, z. B. des grundherrlichen Pfändungsrechtes [262]), des Patronatrechts [262a]). Gemeine Vorbehalte, welche sich nach Gewohnheit bei jeder Satzung oder wenigstens jeder Territorialpfandschaft von selbst verstanden, sind wohl nicht erweislich [263]). Häufig aber kommen Vertragsbestimmungen vor, durch welche das Nutzungsrecht des Pfandbesitzers beschränkt wird. Bald werden gewisse Nutzungen dem Verpfänder vorbehalten [264]), bald wird dem Pfandbesitzer die Nutzung nur bis zu einem bestimmten, gewöhnlich nach Prozenten der Pfandsumme bemessenen Belaufe eingeräumt, das Mehr aber dem Verpfänder zugewiesen [265]), bald verpflichtet sich der Pfandbesitzer zu gewissen Diensten, z. B. Lehndiensten, oder zur Verwendung der Nutzungen zu einem bestimmten Zwecke [266]).

---

hat, swer an dem gute vrevelt, der ez mit nutze in ledeclicher gewer hat und in gantzem nutze, dem sol man bezzeron. Rupr. 144. Sächs. Lehnr. 14. §. 1.

262) Verm. Ssp. II. 4, 7. nymant mag gephenden vor den huszzcins, wen der, des daz eygen ist, adder sin gelt doruffe hette in gerichtes sacczunge. Diese Stelle, welche Stobbe Zeitschr. XIX. 200. auf den Rentenkäufer und Göschen Gosl. Stat. 238. auf den Pfandgläubiger bei neuerer Satzung bezieht, scheint von dem Pfandbesitzer, der das Pfand vermiethet hat, zu handeln. Er kann pfänden, wie der Lehnsbesitzer, Verm. Ssp. III. 14, 7.

262a) c. 18. X. de sent. (2, 27) kann hierfür deßhalb angeführt werden, weil der Eigenthümer in dem behandelten Falle das Patronatrecht auf Grund eines Vorbehalts bei der Satzung forderte. A. M. Lippert Patronat S. 172, Kaim Kirchenpatronatrecht II. S. 89.

263) Bodmann a. a. O. (oben Note 157) zählt dazu, aber ohne genügenden Beweis, die Nutzungen des judicium majus bei Verpfändung der Gerichtsbarkeit und die geistlichen Lehen, Kirchsätze und ihre Anhänge, z. B. Glockenämter, bei Verpfändung von Herrschaften.

264) Urk. 1187. (Kraut §. 123. No. 28) cum omni fructu et utilitate (jurisdictionis) preter id quod ruminge dicitur et preter tria wizliche dinc.

265) Z. B. 10ß. Urk. 1248. (oben Note 78), später auf 12½ erhöht, Urk. 1260. (Wenck Hess. Gesch. I. Nr. 35). Desgl. 10ß Urk. 1395. (Senkenberg de reluit. opp. terr. App. nr. II). Andere Beispiele bei Riccius l. c. p. 97, Neumann Wucher 195.

266) Urk. 1416. (oben Note 92) desse .. 12 schill. scholen de klosterschen alle jar upboren ... unde anders nerghene an keren, men an de alven tho vorbeterende van jaren tho jaren.

Digitized by Google

Der Pfandbesitzer befindet sich demnach, wenn sein Nutzungsrecht nicht vertragsmäßig eingeschränkt ist, thatsächlich in der Lage eines Eigenthümers, so lange das Pfand nicht eingelöst wird. Es kann daher nicht auffallen, daß bei Immobiliarpfandschaften weder ein Distraktionsrecht im Sinne des römischen Pfandrechts noch ein Recht auf Zuerkennung des Eigenthums im Sinne des deutschen Mobiliarpfandrechts sich entwickelt hat. Die Bemerkung Albrechts[267]), daß unter den vielen Urkunden über Satzung auch nicht eine ist, welche des Rechts der Distraktion erwähnt, kann nach Vergleichung zahlreicher weiterer Pfandurkunden vollkommen bestätigt werden. Es ist zwar, wenn auch keine urkundlichen Belege dafür vorliegen, nicht zu bezweifeln, daß der Pfandbesitzer, wenn er Gläubiger des Verpfänders war, den Rechtsweg gegen den Schuldner betreten und im Prozeß die Gewaltigung des schon in seinem Besitz befindlichen Pfandes zum Zwecke des Verkaufs erwirken konnte. Schlug aber der Pfandbesitzer diesen Weg ein, so machte er nicht sein Pfandrecht, sondern sein Forderungsrecht geltend, und es ist diese Befugniß, welche einem jeden Gläubiger zustand, mit einem im Satzungsrechte enthaltenen Distraktionsrechte nicht zu verwechseln. Was den Anspruch auf Uebereignung des Pfandes betrifft, so verfiel dasselbe dem Pfandbesitzer zum Eigenthum, wenn die lex commissoria ausdrücklich beigefügt war, was in sehr vielen Pfandurkunden der Fall ist[268]). Dagegen finden sich weder statutarische Bestimmungen noch Spuren eines Gewohnheitsrechts, wonach ein solcher Anspruch des Pfandbesitzers auch dann anerkannt wird, wenn dem Pfandvertrage die lex commissoria nicht beigefügt worden ist. Insbesondere sind die oben angeführten Stellen des

267) Gewere S. 146.

268) Eine Menge von Belegen, die leicht vermehrt werden könnte, findet man bei *Riccius* Num pact. commiss. circa pignora in Germ. fora, in quibus id quondam usu valuit, rursus sit invehendum et adprobandum, Jen. 1743, 4. §§. V, VI, VII; *Rumpff* D. de nonnullis conventionibus Germ. accessoriis, Gott. 1755. §§. XXXV sq.; Bodmann (oben Note 157) S. 247; Albrecht Gewere N. 333; Häberlin Meichelb. 150; Kraut Grdr. §. 123. Nr. 34, 35; Stobbe Vertr. 42. N. 15.

Digitized by Google

Rechtsbuchs nach Distinktionen auf Immobiliarpfänder nicht zu beziehn; die erste (III. 14, 3) redet zwar von phant ohne nähere Bestimmung, schließt sich aber an die vorhergehende Distinktion 2 an, welche nur die Satzung fahrender Habe behandelt [269]), und die zweite (III. 17, 15) kann nur von Mobilien verstanden werden, da sie die Pfänder der Juden behandelt, welche vom Erwerb von Grundstücken regelmäßig ausgeschlossen waren. Wenn der Pfandbesitzer Gläubiger des Verpfänders war, den Rechtsweg gegen den Schuldner betrat und im Exekutionsverfahren die Gewaltigung des schon in seinem Besitz befindlichen Pfandes erwirkte, so trat freilich die Uebereignung desselben an den Gläubiger nach denjenigen Rechten ein, welche die Befriedigung des Gläubigers überhaupt in dieser Weise und nicht durch Verkauf der Immobilien bewirkten [270]). In diesem Falle handelte es sich aber nicht um eine im Satzungsrechte enthaltene, sondern um eine jedem Gläubiger zustehende Befugniß. Bedenkt man, daß dem Mobiliarpfandbesitzer das Gebrauchs- und Nutzungsrecht fehlte, welches dem Immobiliarpfandbesitzer zustand, mithin jener ein Aequivalent für die Pfandsumme durch die Satzung ohne Weiteres nicht erlangte, während diesem ein solches in dem Gebrauchs- und Nutzungsrechte gewährt war, so erscheint es sehr natürlich, daß das Recht, die Präkluſion des Einlösungsrechtes und den Verfall des Pfandes zu erwirken, bei dem Erstern aber nicht bei dem Letztern sich entwickelte. Hierzu kommt, daß der Immobiliarpfandbesitzer im Stande war, durch Veräußerung des Satzungsrechtes zu seinem Gelde zu gelangen.

Aeußerungen der Rechtsbücher oder Rechtssprüche, welche die Veräußerlichkeit des Satzungsrechtes anerkennen, liegen nicht vor. Die Urkunden liefern kein sicheres Ergebniß. Außer Zweifel steht es, daß Veräußerungen der Pfandschaften durch die Pfandbesitzer sehr häufig stattfanden. Nur darüber läßt sich streiten,

269) D. 2: seczt eyner phanth an farnder habe, welcherley daz ist, *daz an gerichte gewunnen ist* ... D. 3: phant dy eyn vorsaczt *unvorclaget an gerichte.*

270) Vgl. oben S. 106. und unten §. 8. Note 118.

Digitized by Google

ob dieſelben hierzu der Einwilligung des Verpfänders bedurften. Man findet Pfandurkunden, in welchen die Veräußerung der Pfandſchaft dem Pfandbeſitzer von vornherein im Allgemeinen geſtattet[271]) oder dadurch in das Belieben deſſelben geſtellt wird, daß der Pfandbrief auf den Namen des Pfandempfängers und auf jeden Inhaber oder redlichen Inhaber lautet[272]). Kann hieraus geſchloſſen werden, daß die Veräußerungsbefugniß dem Pfandbeſitzer nicht zuſtand, wenn ſie ihm nicht vertragsweiſe eingeräumt war? Andere Urkunden machen die Veräußerung von einer Zuſtimmung des Verpfänders abhängig[273]) oder geſtatten dieſelbe nur für den Nothfall ohne Zuſtimmung deſſelben[274]). Ergiebt ſich hieraus, daß dieſe Klauſel nöthig

271) Urk. 1336. (bei Heineccius Elem. §. 326) ac de ipsis (pignoribus) et eorum fructibus et juribus sicut de aliis vestris bonis et rebus ordinare tam diu, quousque .. fuerint absoluta. Urk. 1351. (Boehmer Cod. dipl. Moenofranc. I. 619) wir geben in auch volle macht und gewalt, die egen. zwey ampt sementlich odir sunderlich in allir der weyse, als sie in zu pfande sten, furbaz zu vorsetzen wem sie wellen. Urk. 1415. (Riccius de dom. pign. p. 43) so mugen sy das vorg. sloz E. ... fürder vorseczen eynen ader meren unsern besessen man iren genossen, und sy uns auch dorczu schweren und geloben sulden als sy gethan haben.

272) Urk. 1363. (Wippermann Oberntirch. Urk. B. Nr. 296). R und deme de dessen bref hedde mit R's willen. Urk. 1368. (Lünig Cod. Germ. dipl. II. 13) und wer myt willen des obgen. marcgrafen J. diesen briff haben würde. Urk. 1376. (Wippermann a. a. O. Nr. 324). J. G. sinen rechten erven und deme holder desses breves mit erme willen. Urk. 1385. (Wenck Heſſ. Geſch. I. Nr. 275) versetzen myt diesem briffe dem edeln grefen R. ..., und deme der dieser brieffe myt yrem guidem wyssen und willen und vorhencknisse inne hait unse sloisz .. Urk. 1399. (Wippermann a. a. O. Nr. 370 b). E. H. unnd sinen rechten erven eder dem holdere desses breves ane ere bysprake u. a. m.

273) Urk. 1360. (bei Riccius de dom. pign. p. 43) auch mögent unser schultheizz von O. .. die vesten ... mit unsern und unser nachkomen an dem reiche willen und wizzen verseczen, verpfenden und verlegen wenn sie wollen. Urk. 1400. (Lünig Cod. Germ. dipl. I. p. 1414) also globe ich bey meinen guten treuen, dass ich derselben schlosse keines fürbas verpfendten noch an werden wil.

274) Urk. 1333. (Boehmer Cod. dipl. Moenofrancof. I. 526). Were auch das der vorg. J., sin husfrawen und ir erben noit anstieze, das

Digitized by Google

war, um dem Pfandbesitzer die ihm sonst zustehende Veräußerungsbefugniß zu entziehen? Es liegen Urkunden über Pfandschaftsveräußerungen im engern und weitern Sinne vor, welche die ertheilte Zustimmung des Verpfänders erwähnen[275]), während andere in großer Anzahl weder eines im Allgemeinen ertheilten noch eines besondern Konsenses desselben gedenken. Bei dieser Lage der Sache ist ein Urtheil nur durch Folgerungen aus der Natur des Rechtsverhältnisses und durch Analogie zu gewinnen. Hiernach aber ist die Veräußerlichkeit des Satzungsrechtes zu behaupten, welche die ältern Schriftsteller als selbstverständlich betrachten, indem sie davon ausgehn, daß der Pfandbesitzer Eigenthümer der Pfandschaft sei[276]). Daß nicht bei jedem Nutzungsrechte an fremden Grundstücken die Einwilligung des Grundeigenthümers zur Veräußerung des Rechtes nöthig ist, beweist die veräußerliche Erbleihe[277]). Wenn der Lehnsmann und die Wittumsbesitzerin nicht ohne Einwilligung des Eigenthümers veräußern dürfen, so liegt der Grund dort in dem persönlichen Verbande zwischen Herrn und Mann, hier in der höchst persönlichen Natur des zur Wittwenversorgung bestellten Rechts, mithin in Rücksichten, welche bei der Satzung nicht stattfinden. Gegen die freie Veräußerungsbefugniß könnte man anführen, daß

sie das gut gar adir sin eyn teil furbaz virsetzen musten: des sullint sie vollen gewalt haben, und wem sie das setzent, der sal dieselben recht daran haben, die sie itzunt an den guten habent. Urk. saec. XIV. (Senkenberg Sel. IV. 167) gunnen ouch mit diesem brif dieselben unser purg und stat ob in dez not beschee fürbas ze verseczene umb die egen. 3000 phunt ph. ainem der unsern, der in unserm lande gesessen ist, und sullen und wellen wir ouch demselben den sacz bestellen mit unsern briefen. .. Urk. 1399. bei Potgieser (oben S. 10. N. 22) p. 250.

275) Urk. 1335. (Wippermann Obernkirch. Urk. B. Nr. 217). Willbrief K. Karls IV. 1370. bei Potgiesser l. c. p. 212. zu der das. p. 149. erwähnten Verpfändung einer Reichspfandschaft.

276) Eine Ausnahme macht Senkenberg (oben S. 9. N. 17), welcher dem Pfandinhaber dominium utile zuschreibt und die Einwilligung des dominus directus zu Pfandschaftsveräußerungen fordert. Riccius de dom. pign. p. 42. äußert sich unbestimmt.

277) Vgl. Note 120.

Digitized by Google

der Pfandempfänger sich im Pfandvertrage zur Rückgabe des Pfandes für den Fall der Einlösung verpflichte, daher keine Verfügungen über das Pfand treffen dürfe, welche die Rückgabe verhindern würden, weßhalb auch beim Mobiliarpfand der Pfandbesitzer zur Veräußerung nicht befugt sei. Aber bewegliche und unbewegliche Pfänder stehn in dieser Hinsicht nicht auf gleicher Linie. Bei der physischen Beschaffenheit des Mobiliarpfandes, welches leicht auf die Seite zu bringen ist, und bei dem Grundsatze Hand muß Hand wahren ging die Absicht des Verpfänders im Zweifel gewiß nicht dahin, dem Pfandempfänger zu gestatten, das Mobiliarpfand an einen Dritten zu veräußern. Bei Immobilien fielen beide Rücksichten weg und der Verpfänder gerieth in keine schlechtere Lage, wenn die Pfandschaft als solche, also mit der Verpflichtung zur Rückgabe bei der Einlösung, an einen Dritten veräußert wurde. Es ist keine gewagte Hypothese, die Entstehung der Veräußerungsbefugniß des Immobiliarpfandbesitzers so zu denken, daß die Pfandinhaber, so oft es ihr Interesse verlangte, ihre Pfandschaften verkauften oder versetzten und daran von den Pfandeignern nicht gehindert wurden, weil es für sie gleichgültig war, wer die Pfandschaft besaß, daß aber das, was thatsächlich häufig geschah, endlich als ein Recht der Pfandbesitzer angesehen wurde. An Spuren, daß die Veräußerung als ein Recht derselben betrachtet wurde, fehlt es nicht ganz. Wenn z. B. bei Errichtung einer Ganerbschaft verabredet wird, falls einer der Ganerben eine Pfandschaft erwerbe, solle er verpflichtet sein, die Hälfte derselben gegen Erstattung der Hälfte der Pfandsumme den andern Ganerben abzutreten[278]), so gehen die Vertragschließenden offenbar von der Rechtsansicht aus, daß dem Pfandbesitzer die Veräußerung der Pfandschaft freistehe. Derselben Ansicht folgen die Reichsgesetze, welche Pfandschaften als Gegenstände bezeichnen, welche die Gläubiger bei der Exekution zu ihrer Befriedigung angreifen können[279]); denn die Gläubiger können

278) Urk. 1361. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 392).

279) Landfr. 1301. (Legg. II. 476): hett sich jeman verbunden mit sinen brieven, daz men in pfenden sule ane gerihte, den sol man pfenden an sine eigene, an sine erbe, an sine lehene und an sine pfande.

Digitized by Google

bezüglich der Veräußerung nicht mehr Rechte haben, als der Schuldner[280]). Eroberte Pfandschaften blieben auch in der Hand des Eroberers Pfandschaften, so daß dem Verpfänder das Einlösungsrecht unbenommen blieb[281]).

Das Recht, die Pfandschaft ohne Zustimmung des Verpfänders zu veräußern, stand dem Pfandbesitzer nur insofern zu, als es nicht im Pfandvertrage ihm entzogen oder eingeschränkt war. Es sind bereits Urkunden erwähnt, in welchen die Veräußerung an den Konsens des Verpfänders gebunden oder nur für den Fall der Noth freigestellt ist. In andern Urkunden wird bestimmt, daß der Pfandbesitzer nur an Standesgenossen veräußern dürfe[282]), oder es wird dem Verpfänder ein Näherrecht vorbehalten[283]), oder es wird ausgemacht, daß der dritte Erwerber ausdrücklich geloben müsse, dem Verpfänder die Einlösung zu gestatten[284]), durch welches Versprechen die Restitutionspflicht nicht erst begründet, sondern nur sichergestellt wird.

Durfte der Pfandbesitzer das Satzungsrecht völlig veräußern, so ist es um so weniger einem Zweifel unterworfen, daß er dasselbe auch zu temporärem Recht übertragen konnte. Insbesondere kommt in den Urkunden vor:

1) die Hingabe der Pfandschaft als Lehn. Der gewöhnliche

---

280) Goslar. R. 68, 8: heft en en pant, dat he heft weder ghelovet to antwardene, wanne dat van ime lost werde, dat ne mach men under eme nicht besetten, bezieht sich auf Mobiliarpfänder, vgl. Göschen 188, 190.

281) Landfr. 1398. §. 9. (R. S. der R. A. I. 98, Lehmann Speyersche Chron. 740).

282) Urk. 1387. (Spangenberg Urk. Beweis II. 239). Were ok, dat wi en ere gelt nicht geven, wenne wi en edder se uns de lose kündiget hadden, so mogen se eres vorb. geldes bekomm mit der (verpfändeten) Reeborg und erer tobehöringe *mit bederven lüden eren genoten*, wor se konnen. Urk. 1415. (oben Note 271).

283) Urk. 1365. (Rudolphi Gotha dipl. V. 211). Dürften wir .. auch unseres geldes, so sollen wir in ... das auch ½ jar vor lichtmess verkündigen ... Loesen dan sie oder ire erben die gen. veste E. nicht ... so moegen wir die fürbas versetzen. Urk. 1346. bei Platner Ztschr. f. R. G. IV. 149. R. 115. Urk. 1386. bei Potgieser (oben S. 10. R. 22) p. 251.

284) Urk. 1365. (Note 283). Urk. 1382. bei Platner a. a. O. R. 117.

Digitized by Google

Fall ist, daß der Pfandbesitzer das Pfandobjekt für die Dauer seines Satzungsrechts einem Dritten zu Lehn giebt. Es kommt aber auch vor, daß er den Verpfänder[285]) oder dessen Erben[286]) damit belehnt. Trägt der Pfandbesitzer die Pfandschaft zu Lehn auf, so geht das Satzungsrecht desselben auf seinen Lehnsherrn über, als dessen Lehnsmann er es ausübt[287]).

2) Die Hingabe der Pfandschaft als Leibzucht[288]).

3) Die Afterverpfändung[289]). Der gewöhnliche Fall ist, daß die Pfandschaft um dieselbe Summe, für welche sie errichtet worden, weiter versetzt wird. Zuweilen aber findet man die Verpfändung der Pfandschaft für eine höhere[290]) oder eine geringere[291]) Summe. Ein Geschäft der erstern Art war ein

285) Urk. 1232. (Wenck Hess. Gesch. I. Nr. 12) ego J .. omnia bona mea sita infra .... domino U. de M. pro 20 marcis Col. titulo pignoris obligavi et quod ipsa bona ab eo recepi sub castrensis beneficii nomine possidenda.

286) Urk. bei Homeyer Sp. II. 2, 308.

287) Urk. 1339. bei Schilter Cod. jur. Alem. feud. p. 278: den turn und das backhus ... das mir herr Heinrich der alde min oheim .. versaczt hat und mir pfandes stet .. das sol ich Heinrich der junge zu lehen habin und halten von mime herrn (dem Pfalzgrafen) als min ander gut, das ich von im zu lehen han, als lange bisz der vorg. herr Heinrich der alde ... dasselbe gut gelosent.

288) Urk. 1367. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 411). Der Graf Johann von Nassau, dem die Hälfte des Schlosses in Gießen für 12,000 Pfund Heller verpfändet, giebt diese Pfandschaft seiner Tochter als Mitgift bei der Vermählung mit dem Landgrafen Hermann von Hessen, der ihr die andere Hälfte als Wittum aussetzt: also das Johanne, unsz ehliche wirtin das sloz zu den Giessen .. haben und besitzen sal zumale, iglichs halbe teil zu sime rechte, das ist halb zu wiedemes rechte und halb in phandes wyse. Und gingen wir auch beyde abe aen libeserben, so sal iglichs halbe teil wieder vallen an den stam, davon es komen ist, das wer das halbe teil der pantschaff an greben Johann ....

289) Vgl. S. 37. N. 63.

290) Nach Potgieser (oben S. 10. N. 22) p. 148, 149. verpfändet K. Ludwig 1336 Kaiserswerth mit dem Zoll dem Grafen von Jülich für 30,000 Gl., dieser aber 1368 dem Pfalzgrafen für 57,000 Gl.

291) Urk. 1460. (Wenck Hess. Gesch. I. Nr. 348). Der Landgraf von Hessen versetzt die ihm für 22,000 Gl. Rhein. verpfändeten Städte Limpurg u. s. w. zur Hälfte für 6000 Gl. an die Grafen von Solms, zur andern Hälfte für 6000 Gl. an die von Cronberg.

Digitized by Google

gewagtes auf Seiten des Afterpfandempfängers; denn er mußte gewärtigen, daß der Pfandeigner das Pfand um die geringere Summe einlöse, für welche es dem Afterverpfänder versetzt worden. Bei einem Geschäfte der zweiten Art erscheint es zweifelhaft, ob der Pfandeigner das Pfand nur durch Zahlung der vollen Einlösungssumme an den Afterverpfänder oder schon dadurch wieder erlangen konnte, daß er dem Afterpfandempfänger die geringere Summe zahlte, um welche er das Afterpfandrecht erworben hatte. Die letztere Ansicht verdient den Vorzug, sofern der Pfandeigner auf Grund seines Eigenthums die Herausgabe der Sache von dem Afterpfandbesitzer fordern und dessen Berufung auf die Aftersatzung durch Zahlung der Afterpfandsumme beseitigen konnte. Wurde das Pfand auf diese Weise dem Eigenthümer zurückgegeben, so erwarb er das Afterpfandrecht, das Pfandrecht des Afterverpfänders blieb bestehn, der Letztere konnte wieder zum Besitze der Pfandschaft gelangen, wenn er die Afterpfandsumme dem Eigenthümer bezahlte.

B. Rechte des Verpfänders.

Durch die Feststellung der Rechte des Pfandempfängers ergiebt sich von selbst, welche Rechte dem Verpfänder verblieben. Er hörte durch die Satzung nicht auf, Eigenthümer zu sein. Da er dem Pfandempfänger beim Mobiliarpfande andere Rechte einräumte, als beim Immobiliarpfande, so war der Umfang der ihm verbleibenden Rechte nach dem Gegenstande der Satzung verschieden. Die Regel, Satzung ist Veräußerung, hatte einen andern Sinn bei Mobilien als bei Immobilien.

a) Bei Mobiliarpfändern.

Die Satzung fahrender Habe schließt eine eventuelle Veräußerung im engern Sinne in sich, nämlich den Verkauf des Pfandes an den Pfandempfänger für die Pfandsumme unter der Bedingung, daß das Pfand nicht eingelöst werde. Die Tradition zu Pfandrecht enthält demnach zugleich eine suspensiv bedingte Eigenthumsübertragung, so daß es zur Entstehung des Eigenthums des Pfandempfängers nur noch des Eintritts der Bedingung

Digitized by Google

bedarf. Diese Bedingung besteht darin, daß die Einlösung des Pfandes innerhalb der bedungenen oder statutarischen oder vom Gerichte auf Antrag des Pfandbesitzers gesetzten Frist nicht erfolgt. Auch in dem zuletzt erwähnten Falle ist die Uebertragung des Eigenthums auf den Vertragswillen, nicht auf eine Adjudikation zurückzuführen.

Man kann demnach nicht sagen, das Mobiliarpfand befinde sich im Eigenthum des Pfandbesitzers. Denn sobald das Eigenthum auf ihn übergeht, hört das Pfand auf, Pfand zu sein. Das Eigenthum des Verpfänders dauert während des Pfandverhältnisses fort, aber es ruht in Betreff der meisten Wirkungen[292]). Der Eigenthümer entäußert sich durch die Uebergabe der Sache zu Pfandrecht der Gewere; von einer bei ihm zurückbleibenden Eigenthumsgewere kann bei Mobilien nicht die Rede sein. Indem er dem Pfandempfänger das Recht auf den Besitz des Pfandes einräumt, begiebt er sich auch des durch den Besitz bedingten Gebrauchs desselben, wenn schon er das Gebrauchsrecht auf den Pfandempfänger nicht überträgt. Er begiebt sich durch Hingabe der Sache zu Pfandrecht der dinglichen Verfolgung seines Eigenthums gegen Dritte, da der Grundsatz Hand wahre Hand bei der Satzung Anwendung findet und gerade bei diesem Rechtsgeschäft und dem Leihen zunächst sich entwickelt hat[293]).

Obgleich das Eigenthum des Verpfänders bis zur Einlösung in den Hintergrund tritt, ist es doch vorhanden, kann vererbt und veräußert werden und äußert auch während des Pfandverhältnisses gewisse Wirkungen. Da die Nutzungen des Pfandes dem Pfandbesitzer nicht gebühren, so unterliegt es keinem Zweifel, daß dieselben dem Eigner zukommen, z. B. die von verpfändeten Thieren geborenen Jungen, die Milch von versetztem Melkvieh, sei es daß der Eigner sie gewinnt oder daß der Pfandbesitzer sie bezieht und ihren Werth auf die Futterkosten abrechnet. Die dingliche

292) Stobbe Vertr. 252. N. 2.

293) Ssp. II. 60. §. 1. Hamb. R. 1270. IX. 21. Lüb. Hamb. R. (Hach III) 372. Magd. R. 1304. §. 113. (Gaupp 308). Verm. Ssp. IV. 42, 14. Dsp. 176. Schwsp. 222.

Digitized by Google

Klage ist dem Eigenthümer des Pfandes nicht gänzlich versagt. Sie steht ihm gegen den Pfandempfänger zu, was daraus erhellt, daß in Betreff des Beweises die Klage des Erstern gegen den Letztern auf Rückgabe des Pfandes als ein sachenrechtlicher Anspruch behandelt wird[294]). Sie steht ihm gegen den dritten Pfandbesitzer zu, wenn der erste Pfandempfänger das Pfand, befugt oder unbefugt, weiter versetzt hat; denn ohne Zweifel kann er die Sache von dem Dritten zurückfordern, wenn er ihm den Pfandschilling bezahlt. Wo der Grundsatz des süddeutschen Rechts gilt, daß die Klage des Eigenthümers gegen den dritten Besitzer stattfindet, wenn derjenige, dem die Sache anvertraut und abhanden gekommen ist, stirbt oder von der Klage entweicht[295]), kann auch der Verpfänder unter dieser Voraussetzung gegen den dritten Besitzer klagen. Das Augsburger Recht[296]) wendet dies auf den Fall an, daß der erste Pfandempfänger das Pfand für eine höhere Summe weiter versetzt, als wofür es ihm verpfändet ist; der Pfandeigner soll das Pfand in diesem Falle vom Dritten für die Summe, für welche er selbst dasselbe versetzt hat, einlösen können, wenn ihm der erste Pfandempfänger niht gewis, d. h. gestorben oder entwichen ist.

Ist das ein man dem andern ein phant lihet oder setzet, gat der zu unde versetzet das phant anderswa hoeher dan man im heizze oder danne ez im stande: ist derselbe jeme gewis, so sol er hinz *im* clagen umbe sin phant; ist aber er im niht gewis, in swes gewalt er danne sin phant vindet, *da* sol er hinc clagen, unde uf swiu er bereit, daz ez jeme stunde oder dorumbe erz in hiezze setzen, darumbe solz im jener wider geben.

b) Bei Immobiliarpfändern.

Die Satzung einer unbeweglichen Sache enthält die Bestellung eines Nutzungs- und Gebrauchsrechts an fremder Sache, eine

294) Vgl. die überzeugende Darstellung von Hänel Beweissystem S. 152 ff.
295) Vgl. oben S. 67.
296) Freyberg 132.

Digitized by Google

Beschränkung, aber nicht die Aufgebung des Eigenthums des Verpfänders zu Gunsten des Pfandempfängers, also nur im weitern Sinne eine Veräußerung. Dagegen ist damit eine eventuelle Eigenthumsübertragung nur dann verbunden, wenn der Satzung die lex commissoria beigefügt ist.

Auch bei der Immobiliarsatzung ruhen die Wirkungen des Eigenthums während des Pfandverhältnisses größtentheils. Der Verpfänder entäußert sich durch die Auflassung der Gewere. Dies widerstreitet der herrschenden Meinung, welche dem Pfandbesitzer die Pfandgewere, dem Verpfänder die Eigenthumsgewere zuschreibt, also eine getheilte Gewere annimmt[297]). Aber außer den allgemeinen Gründen, welche gegen die Annahme einer getheilten Gewere streiten[298]), liegen noch besondere in Betreff der Satzung vor. Daß Eigenthum des Verpfänders ohne Gewere möglich ist, beweist die Mobiliarsatzung. Ein urkundlicher Beweis für die Gewere des Verpfänders ist nicht beigebracht. Im Gegentheile sagt der Sachsenspiegel[299]):

> Jewelk man mach sines rechten gudes wol mit rechte anich werden, of he't verkoft oder versat oder uplet ... oder to svelker wis he's af gat unbedvungen, *so is he der were geloset mit rechte.*

Der Verpfänder verliert also die Gewere durch die Auflassung wie der Verkäufer. Hiermit stimmt die Sprache der Urkunden überein, welche hervorheben, daß das versetzte Gut aus der Gewere des Eigenthümers in die Gewere des Pfandempfängers übergehe; z. B.

> Und haben in auch die vorgen. gueter .. versazt und aufgeben und ingeantwurtt *aus unser nutz und gwer in ir*

297) Albrecht S. 99. 144. Budde Ztschr. f. D. R. IX. 434. Neumann Wucher 182.

298) Stobbe in Ersch und Gruber Encycl. Erste Section Th. LXV. S. 464, unter Berufung auf Merkel, a. a. O. Note 108.

299) Ssp. II. 24. §. 2. Ueber das Mißverständniß, diese Stelle auf das Eigenthum zu beziehen, da sie doch von der Gewere handelt, vgl. oben S. 7.

Digitized by Google

nutz und gwer ... als wir sy und unser vodern inn nutz und in aigner gwer herbracht und inne gehabt haben[300]). Der Verpfänder entbehrt auch das Gebrauchs- und Nutzungsrecht. Dessenungeachtet dauert sein Eigenthum fort. Es kann veräußert werden und vererbt sich. Es äußert auch während des Pfandverhältnisses gewisse Wirkungen; namentlich entspringt daraus das Recht auf diejenigen Nutzungen, welche der Verpfänder bei der Satzung sich vorbehalten hat, und das von demselben etwa vorbehaltene Mitgebrauchsrecht, z. B. das Recht, die Oeffnung einer verpfändeten Veste zu verlangen; ferner die dingliche Klage gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sache.

Mit der Annahme, daß der Verpfänder Eigenthümer bleibt, steht es durchaus nicht im Widerspruch, daß die Satzung ein Verkauf der Sache zu Weddeschatt genannt wird. Kauf ist wie Tausch oder Schenkung eine allgemeine Erwerbskategorie und kann den Erwerb von Rechten der verschiedensten Art vermitteln. Ein Kauf von Rechten an fremder Sache ist nicht blos in der Weise möglich, daß schon bestehende Rechte käuflich veräußert werden, sondern auch durch Bestellung solcher Rechte gegen Entrichtung eines Kaufpreises. Wie man Lehn[301]), Erbleihen[302]), Leibgedinge[303]) und Grundrenten kaufweise errichtet, so wird

300) Urk. 1415. (oben Note 250).

301) Urk. 1323. (Schöttgen und Kreysig Dipl. Nachlese der Historie von Ober-Sachsen II. S. 292). Der Burggraf zu Meißen überläßt einen jährlichen Fruchtzins: pro 20 sexagenis grossorum Prag. *justo empcionis tytulo* vendidimus, imo ipsis contulimus et conferimus presentibus *tytulo feodali* I. F. 1. §. 6, 7, 16.

302) Urk. 1160. (Neumann Meißner und Oberlausitzer Urk. 1854. S. 35). Das Bisthum zu Meißen überläßt Grundstücke zu Anlegung eines Dorfs zu Erbzinsrecht: quod ad corroborandam justitiam suam cultores hujus novalis *pro emptione* cujuslibet mansi 6 den. dederunt, ut quicquid in posterum de inculta terra excoluerint, *hereditario jure* possideant.

303) Urk. saec. XII. (Schöttgen und Kreysig, s. Note 301, VII. S. 435). E. de A. duos mansos ecclesie in G. pertinentes ab abbatissa ejusdem ecclesie *sub contractu emptionis* obtinuit, ea tamen rationis determinatione, ut ... quoad vixerit libere eos et quiete possideat, *decedente eo ad ecclesiam redeant.* Urk. 1309. (Wenck Hess. Gesch. III. 176) marcam den. ... viro W. sacerdoti ... pro tempore vite sue venditam et

Digitized by Google

auch das Satzungsrecht durch Kauf begründet, indem der Pfandschilling als Kaufschilling für das errichtete Satzungsrecht angesehn wird [304]). Es ist nur ein anderer Ausdruck für dieselbe Auffassung des Geschäfts, wenn gesagt wird, die Sache werde zu Weddeschatt verkauft, indem unter der Sache offenbar das dem Pfandempfänger eingeräumte Recht an der Sache verstanden wird. Der Kauf zu Weddeschatt, welcher dem Käufer ein seiner Natur nach zeitlich beschränktes Recht überträgt, wird ebenso wie der Kauf, bei welchem der Rückfall der verkauften Sache an den Verkäufer oder das Recht des Wiederkaufs vorbehalten ist, dem unbeschränkten Kaufe entgegengesetzt und letzterer im Gegensatz zu jenen Geschäften als Erbkauf, Ewigkauf, Todkauf oder Urthete bezeichnet [305]).

Nach diesen Erörterungen ist es möglich, das Verhältniß der Immobiliarsatzung zum Verkaufe auf Wiederkauf zu bestimmen [306]). Der Ansicht der ältern Schriftsteller, welche beide Geschäfte als identisch betrachten, liegt eine gewisse Wahrheit zum Grunde. Auch die Satzung ist ein Verkauf auf Wiederkauf. Die Einlösung der Pfandschaft wird als Wiederkauf des Satzungsrechtes betrachtet und redemtio genannt. Der Verkauf einer Sache auf Wiederkauf ist von der Satzung nur insofern verschieden, als der Gegenstand des Kaufgeschäfts dort ein anderer

---

assignatam. Urk. 1346. (Rostocker Wöch. Nachr. 1827. Beil. S. 137): Der Presbyter D. erkauft von dem Kloster St. Georg zu Güstrow 24 Mark jährlicher Gefälle zu rechtem Leibgedinge. Bamberg. St. R. §. 39. zu leibgeding verkaufen.

304) Albrecht Gew. S. 146. nennt die Satzungsgewere das Kaufobjekt. Aber die Gewere ist nur ein Bestandtheil des Rechts, welches dem Pfandempfänger verkauft wird.

305) Vgl. Platner Ztschr. f. R. G. IV. 127. Urk. bei Wenck Hess. Gesch. I. Nr. 341: zu rechter erbschaft, erblich und ewiglich, wie ein stetiger ewiger erbkauf in rechten krafft haben sol und mag; das. Nr. 386. erbliche verkaufen; Urk. 1369. das. II. Nr. 414. eweeliche verkauft; Urk. 1390. das. Nr. 467. zu ewigem kouffe unwiderkomelich und unwiderruflich zu rechtem kouffe. Bamberg. St. R. §. 11. vgl. Zöpfl S. 219.

306) S. oben Note 22. und 24.

Digitized by Google

ist als hier. Dort wird die Sache verkauft, hier das Nutzungs- und Gebrauchsrecht. Dort erwirbt der Käufer das Eigenthum, hier nur ein Recht an fremder Sache. Das Wiederkaufs- oder Einlösungsrecht, welches bei der Satzung selbstverständlich ist, tritt beim Verkaufe von Sachen oder von andern Rechten an fremder Sache[307]) nur in Folge einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung ein. Diese Uebereinkunft erzeugt an sich eine persönliche Verbindlichkeit des Käufers, welche auf einen dritten Erwerber der wiederkäuflich verkauften Sache nicht übergeht[308]), wogegen das Einlösungsrecht des Verpfänders auch gegen den dritten Erwerber der Pfandschaft stattfindet. Allerdings wird häufig beim Verkaufe auf Wiederkauf ausbedungen, daß das Wiederkaufsrecht auch gegen einen dritten Erwerber stattfinden soll[309]), und ein solcher Vertrag erscheint auch dem dritten Erwerber gegenüber wirksam[310]), da nach deutschem Rechte Verbindlichkeiten auf Grundstücke gelegt werden konnten, so daß jeder Erwerber des Grundstücks in die Verpflichtung eintrat. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, daß das Wiederkaufsrecht an sich gegen jeden dritten Erwerber wirksam war; dasselbe unterschied sich hierin von dem seiner Natur nach gegen Dritte wirksamen Einlösungsrechte des Verpfänders.

Daß zwischen der Satzung und dem Verkaufe auf Wieder-

307) Beispiele von Lehen, welche käuflich auf Wiederkauf verliehen werden, enthalten Urk. 1285. (Wenck Hess. Gesch. I. Nr. 76), Urk. 1303. (das. II. Nr. 253), andere Urkunden bei Homeyer Ssp. II. 2. S. 344. Ein durch Kauf auf Wiederkauf begründetes Wittum findet sich in Urk. 1335. (Wenck a. a. O. II. Nr. 329).

308) Albrecht Gew. S. 144. Budde Ztschr. f. D. R. IX. 436.

309) Urkunden bei Platner Ztschr. f. R. G. IV. 145. N. 98, 147. N. 110; Urk. 1326. (Wenck Hess. Gesch. I. Nr. 160). Graf Heinrich von Weilnau verkauft Burg und Stadt Weilnau dem Probst zu Gemünden auf Wiederkauf: und ginge denselbin probst oder sin erbin noit an, he mach alliz diz vorg. guit vurwert virsetzin .. zu allin deme rechte, alse he adir sin erbin iz besitzint, also doch, daz wir und unse erbin daz guit allewe vindin zu losene umme diselbin peninge, als iz dem probste und sinen erbin stet.

310) Platner a. a. O. 162.

kauf ein Unterſchied beſtehe, wurde im Mittelalter keineswegs verkannt. Dies geht daraus hervor, daß in den Urkunden beide Geſchäfte neben einander erwähnt, alſo unterſchieden werden[311]), noch beſtimmter aber daraus, daß man in manchen Fällen die Satzung durch einen neuen Vertrag in einen Verkauf auf Wiederkauf verwandelte[312]).

2. Obligatoriſche Wirkungen der Satzung.

A. Verbindlichkeiten des Verpfänders.

Die Verpflichtung des Verpfänders entſpricht der Verpflichtung des Verkäufers. Er übernimmt durch den Pfandvertrag zunächſt die Verbindlichkeit, die verpfändete Sache dem Pfandempfänger zu übergeben und wenn eine unbewegliche Sache verpfändet iſt die Auflaſſung vorzunehmen. Wenn ſchon die Uebergabe des Beſitzes bei Immobilien für den Erwerb der Gewere nicht erforderlich iſt, ſo gehört ſie doch zu den Verpflichtungen des Verpfänders, wenn nicht im Pfandvertrage eine andere Beſtimmung getroffen, z. B. verabredet iſt, daß das Pfand einem Dritten übergeben werden ſoll, welcher daſſelbe als Treuhänder verwahren

311) Urk. 1329. (Boehmer Cod. dipl. Moenofrancof. I. 498): geben wir in vollen gewalt ... in unserm und dez reichs namen alle die gute und gulte, die ze F. oder dobei ligent .. die von uns oder unsern vorvarn an dem reiche *verchumbert, versetzet oder auf einen widerchauf verchauffet* sint ... widerchauffen und lösen. Urk. 1321. (Gundling oben S. 8. N. 14. p. 86): bona .. dependentia ab imperio, quae inventa fuerint *impignorata vel sub spe redemtionis vendita.* Urk. 1357. (Wenck Heſſ. Geſch. II. Nr. 379). Beim Verkaufe von K. wird bezüglich der nach Abſchluß des Kaufgeſchäfts vom Verkäufer über das Kaufobjekt getroffenen anderweiten Verfügungen beſtimmt: hette her abir waz *versazt oder virkoyft* sint der zeit, das wir K. umme en koyfen, daz solde her und sine erbin losin; hette her abir sint der zeit was vergeben, daz en hette nicht moge.

312) Vgl., außer den Urkunden bei Riccius de dom. pign. p. 72, Förſter Ztſchr. f. D. R. IX. 103. und Homeyer Sſp. II. 2, 347. und 350, Urk. 1484. (Wippermann Oberntirchen. Urk. B. Nr. 462). Die Satzung wird to merem gloven unde vorsekeringe in einen Kauf auf Wiederkauf verwandelt, worauf der bisherige Pfandbeſitzer, nunmehrige Käufer die Sache dem Stifte Oberntirchen ſchenkt (daſ. Nr. 463).

Digitized by Google

und demnächst an den Pfandempfänger oder im Falle der Einlösung an den Verpfänder herausgeben soll[313]). Der Verpfänder muß sich sodann aller Handlungen enthalten, welche die Rechte des Pfandempfängers am Pfande schmälern; er darf namentlich das bewegliche Pfand nicht ohne Zustimmung des Letztern wieder in Besitz nehmen, noch das Gebrauchs- und Nutzungsrecht desselben am Immobiliarpfand beeinträchtigen. Er hat ferner dem Pfandempfänger für die ihm eingeräumten Rechte Gewähr zu leisten[314]); diese in den Urkunden[315]) oft ausdrücklich hervorgehobene Verbindlichkeit versteht sich ohnehin von selbst. Tritt der Fall ein, daß der Verpfänder in Folge der Gewährpflicht Ersatz leisten muß, so hat er die Pfandsumme zurückzuzahlen[316]). Die Gewähr-

313) Z. B. Urk. 1325. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 299). Der Herzog Otto von Braunschweig übergiebt seine dem Erzbischoff von Mainz verpfändete Hälfte der Veste Sch. dem Ritter O.: tibi sub nostris expensis custodiendam committimus sub hac forma .. quod ... pred. partem castri pred. ipsi dom. archiepiscopo .. per juramentum vestrum assignare teneamini titulo pignoris obtinendam, donec hujusmodi 500 marcae cum expensis racionabilibus, quas pro conservatione dictae partis tempore impigneracionis faciat dom. archiepiscopus, integraliter persolvantur. S. auch Kraut Grdr. §. 123. nr. 34. und oben Note 168.

314) Ssp. III 83. §. 2: svie en gut liet oder let (Dsp. 352. leihet oder geit) enem andern, die sal is im geweren jar unde dach. Verm. Ssp. I. 46, 1: waz eyner vorkouft adder vorseczt von varendem gute, von erbegute adder von lengute, wert daz angefanget adder angesprochen, wer daz had vorkouft adder vorsaczt adder had daz gelobet czu entweren, der sol das von rechte thun und verantworten.

315) Urk. 1350. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 364) promittimus fide data .. plenam ac perfectam prestare ac facere *warandiam*. Urk. 1374 (Lünig Cod. Germ. dipl. II. 275) und durch beszer sicherheit willen haben wir den vorgen. unsern lieben bruder ... zu samt uns in rechten *scherm* gesaczt ... als widerlegung und satzes recht ist und des landes recht in Oesterreich. Urk. 1407. (Wippermann Obernkirchen. Urk. B. No. 381) unde wille on der sate rechte *warscop* don, wan or des behoff eder not is unde se dat van my eschen. Urk. 1415. (oben Note 33) ich lob in auch .. die vorgen. gueter .. *zu schermen* vor aller ansprach und auszurichten, wo in des not geschicht, als satzs und aigner gueter recht ist in dem lannt ze Steir.

316) Verm. Ssp. I. 46, 12: daz he dorumbe genommen had, daz musz her wedder geben.

Digitized by Google

pflicht bezieht ſich theils auf den Fall, daß das Pfand dem Pfandempfänger im Rechtswege abgeſtritten wird, theils auf den Fall, daß Letzterer daſſelbe durch Gewalt verliert, welcher er um des Verpfänders willen ausgeſetzt iſt, z. B. indem eine verpfändete Veſte, in welche der Verpfänder kraft des ihm vorbehaltenen Oeffnungsrechtes ſich zurückzieht, in Fehde erobert und weggenommen wird[317]). Die Gewähr für einen beſtimmten Ertrag der Pfandſchaftsnutzungen iſt nicht ſelbſtverſtändlich, findet ſich aber in einzelnen Pfandbriefen übernommen[318]).

In Betreff der Koſten der Unterhaltung des Pfandes gilt der Grundſatz, daß derjenige dieſe Laſt trägt, welcher die Nutzung des Pfandes genießt. Hieraus folgt, daß die Fütterung verpfändeter Thiere in der Regel dem Verpfänder zur Laſt fällt, jedoch, da Letzterer nicht im Beſitze derſelben iſt, in der Weiſe, daß der Pfandbeſitzer für das nöthige Futter zu ſorgen und der Verpfänder die Futterkoſten zu bezahlen hat[319]). Wenn aber der Pfandbeſitzer das Pfand benutzt, ſo hat er keinen Anſpruch auf Erſtattung der Futterkoſten[320]). Als zweifelhaft muß es bezeichnet werden, ob die Forderung des Pfandbeſitzers wegen

317) Urk. 1372. (Lünig Cod. Germ. dipl. I. 1342) were auch, das uns die obgen. vesten abgingen und angewunnen wurde von ires krieges wegen ... so sollen sie uns unser obgen. geldt .. wiedergeben oder wiederstattung thun mit andern pfanden. Urk. 1387. (oben Note 282) were ok, dat dit slot verloren worde (in orlege), so scholle wi und willet se nemen altohant op unse negeste slot ... wente wi en de Reeborg wedder buwen helpen ...; en könne wi aver des nich don binnen enem jare, so scholle wi en geven ere sülver also verscreven is u. a. m.

318) Urk. Karls IV. 1368. (Lünig Cod. Germ. dipl. II. 1733) und was sulicher gulte und järliches zinses in den gebieten der obgen. pfandschafft gebreche, so viel sollen wir .. demselben .. beweisen und bescheiden uffzuheben järlichen und das wol vorgewissen an unsre urbar uff dem berge czu den Chucten.

319) Verm. Sſp. III. 14, 11. Seczt eyner essende phande .. dy aczunge sal der irlegen, des daz fih ist, noch rechter futterunge noch gliches kouffes.

320) Schwſp. 258: die wile er ez bederbet (zur Arbeit benutzt) so sol er (der Pfandeigner) im deheine fure gelten. Kulm. V. 34. Münch. R. 93.

Digitized by Google

der Futterkosten als ein selbständiger Anspruch betrachtet wurde, welcher gegen den Verpfänder auch dann geltend gemacht werden konnte, wenn das Pfand unterging, oder ob man annahm, es handele sich dabei um Verwendungen auf das Pfand, welche bei Einlösung des Pfandes ersetzt werden müssen, dagegen unersetzt bleiben, wenn die Einlösung durch den Untergang des Pfandes vereitelt wird. Für die erstere Meinung entscheidet sich das Bremer Recht[321]):

So we dhen anderen set en perd tho pande, kumt eme gicht tho tvischen wather unde cribben, it sterve idher wot eme to kome: dhe it eme seth heft, dhe scal eme geven sine penninghe, dhar it vore stunt, *unde dhe ettinghe*

und das Wiener Recht[322]):

Mislingt ir ainem in der selben zeit, so das es stirbt ... dennoch sol man dem gelter sein gelt *und alles das das es geessen hat bezalen.*

Da aber diese Rechte zu denjenigen gehören, welche bezüglich der Frage, ob der Pfandbesitzer durch Untergang des Pfandes den Pfandschilling verliere, eine Sonderstellung einnehmen[323]), so ist es bedenklich, den Ausspruch derselben wegen der Futterkosten als einen allgemeingültigen hinzustellen.

Bei versetzten Grundstücken trägt der Pfandbesitzer, da er die Nutzungen bezieht, auch die Lasten, nicht blos die zur Erzielung der Früchte aufgewendeten Bestellungskosten, sondern auch alle auf dem Grundstücke haftenden Reallasten, als Schoß und andere Steuern[324]), Erbzins und Renten[325]), Mortuarium[326])

321) Brem. Ord. 3. (Oelrichs S. 68, Pufendorf II. 90. nr. 56).

322) Vgl. Stobbe Vertr. 259.

323) Vgl. oben Note 70.

324) Ueber die Reichssteuern von verpfändeten Territorien vgl. Potgieser (oben S. 10. N. 22) p. 258.

325) Freiburg. Stadtrodel §. 66. (Gaupp St. R. II. 36). Si quis bonum, quod in vulgari dicitur erbe, alicui obligaverit, ille cui obligatur, certus est in pignore, quamdiu alter eorum inde jura dederit. Si vero jura inde cedentia neuter dederit, bonum in domini jure redit potestatem. Ein anscheinend entgegenstehender Goslarscher Rechtsspruch

Digitized by Google

und dgl. Die in Pfandurkunden zuweilen vorkommende Klausel, daß der Pfandbesitzer diese Lasten zu tragen habe[327]), drückt eine ohnehin selbstverständliche Verbindlichkeit aus.

Außer den bisher erwähnten, im Wesen der Satzung begründeten Verbindlichkeiten übernimmt der Verpfänder nicht selten noch andere durch eine ausdrückliche Festsetzung im Pfandvertrage. Besonders häufig findet man solche Bestimmungen, welche bezwecken, die Einlösung zu erschweren und eine längere Dauer des Satzungsrechtes zu sichern, z. B. das Versprechen des Verpfänders, das Eigenthum nicht zu veräußern, so lange das Pfandverhältniß dauert[328]), oder die Bestellung eines Näherrechts des Pfandbesitzers für den Fall einer Veräußerung des Eigenthums[329]), welches Näherrecht auch kraft statutarischer Bestimmung vorkommt[330]).

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Verbindlichkeiten des Verpfänders aus dem Pfandvertrage auf die Erben desselben übergehen. Sie gehören zu denjenigen, der he wederstadinge untving[331]), indem sie aus einem onerosen Geschäfte herrühren.

B. Verbindlichkeiten des Pfandempfängers.

Die Hauptverbindlichkeit des Pfandempfängers besteht darin, das Pfand dem Verpfänder zurückzugeben, wenn er dasselbe einlöst. Hieraus ergiebt sich die weitere Verbindlichkeit, Alles zu

(Göschen 242), wonach dem Pfandgläubiger die Auslagen an Schoß und Rente ersetzt werden sollen, ist auf den Fall zu beziehen, daß bei sog. neuerer Satzung der Pfandgläubiger das verpfändete Haus als Miethsmann des Verpfänders bewohnt.

326) Z. B. Dingrodel von St. Peter §. 6, §. 8. (Weisth. I. 347).

327) Z. B. Urk. 1398. (Wenck Hess. Gesch. I. Nr. 285).

328) Z. B. Urk. 1370. über die Verpfändung von Bergedorf an die Stadt Lübeck bei Riccius de dom. pign. p. 60.

329) Urk. 1212. in Ztschr. f. R. G. II. 145. N. 127. Urk. 1233. (Wippermann Obernkirchen. Urk. B. Nr. 117) fructus decime in H. ... canonicis kathedralis ecclesiae in M. 40 marcis impignoravimus; si eosdem fructus nos vendere contingat, eisdem canonicis, quantum ab aliis nomine venditionis habere poterimus, relinquemus.

330) Burgdorfer Handfeste 1316. §. 184. (Gaupp St. R. II. 140).

331) Ssp. I. 6. §. 2.

Digitized by Google

unterlassen, wodurch die Rückgabe im Falle der Einlösung vereitelt oder beeinträchtigt würde. Was zunächst

1) die Verpflichtungen betrifft, welche dem Pfandbesitzer bis zur Einlösung obliegen, so ist es Pflicht desselben, das Pfand *aufzubewahren*, namentlich zu sorgen, daß bewegliche Pfänder nicht von Dritten abhanden gebracht werden, lebende Pfänder nicht entlaufen oder sich beschädigen oder Dritten einen Schaden zufügen, für welchen das Thier zu haften hat. Den Schaden, welcher durch mangelhafte Verwahrung des Pfandes entsteht, muß der Pfandbesitzer ersetzen[332]). Da er zur Aufbewahrung verbunden ist, macht er sich einer Pflichtverletzung schuldig, wenn er das Pfand veräußert, außer in den oben erwähnten Fällen, in welchen er zur Veräußerung oder Weiterverpfändung berechtigt ist; bei unbefugter Veräußerung muß er den Werth des Pfandes bezahlen[333]). Er muß ferner das Pfand *unterhalten*, es mit allem versehen, was zur Erhaltung desselben nothwendig ist, namentlich die essenden Pfänder füttern, vorbehaltlich der Erstattung der Fütterungskosten durch den Verpfänder. In Betreff der baulichen Unterhaltung unterscheiden manche Urkunden zwischen der gewöhnlichen laufenden Unterhaltung der Gebäude und größern Wiederherstellungen und Neubauten[334]); es unterliegt keinem

332) Verm. Sſp. III. 17, 18: wert is hirnoch vorwarloset, den schaden mus der jodde irlegen.

333) Vgl. die oben Note 238. angeführten Stellen. Augsb. R. a. a. O. gat er dar und verkouft es ohne gericht, so soll er es jenem gelten. Bayr. L. R. a. a. O. swer dem andern sein pfant verchaufft e der zeit, alz im daz recht (Gericht) gesagt hät ... der sol disem sein pfant widergeben, und mag er im die pfant nicht widergeben, so sol er im si gelten, alz si diser betewert nach seinem aide. Ueber die streitige Frage, ob der Pfandbesitzer durch Verleugnung des Pfandes eines diebischen Behaltens und durch Veräußerung desselben einer Unterschlagung sich schuldig machte, vgl. Cropp in Crim. Beytr. von Hudtwalker und Trummer II. 69. und Köstlin in Münch. Krit. Ueberschau III. (1855) 212 bis 228.

334) Urk. 1433. (bei Potgieser oben S. 10. N. 22. p. 257) uff welchem der vorg. schlosser *bauens noth und behuff* waere, des sollen sie (die Pfandbesitzer) uns wisslich thun, dar sollen wir dan zweene unsers raths beysenden ... und dasz dieselben ire und unsere räthe .. nach redlicher werdirung erkenneten ... das sollen wir in gelten in

Zweifel, daß der Pfandbesitzer bauliche Herstellungen der erstern Art auf seine Kosten bestreiten muß, wogegen Verwendungen zu Bauten der letztern Art über die Pflicht der Erhaltung hinausgehen und bei der Einlösung zu ersetzen sind, was nicht selten in den Pfandurkunden hervorgehoben wird, zuweilen in Verbindung mit der Bestimmung, daß der Pfandbesitzer eine gewisse Summe verbauen und dieselbe auf die Pfandsumme geschlagen werden soll [335]). Der Pfandbesitzer muß endlich, wenn er das Pfand benutzen darf, sein Nutzungs- und Gebrauchsrecht ordnungsmäßig ausüben, was besonders bei versetzten Waldungen hervorgehoben wird [336]); steht ihm aber das Gebrauchsrecht nicht zu, so haftet er nicht allein für jeden durch den Gebrauch verursachten Schaden, sondern auch für jeden Zufall, welcher das Pfand bei Gelegenheit des Gebrauchs trifft [337]); einzelne Rechtsquellen erklären ihn außerdem für verpflichtet, Meilengeld zu zahlen, wenn er ein versetztes Pferd unbefugt reitet [338]), worunter wohl nicht ein dem Richter zufließendes Strafgeld, sondern ein Miethgeld zu verstehn ist, welches als eine Frucht von der Sache dem Verpfänder zufällt.

Daß der Pfandbesitzer zum Schadensersatze verbunden ist, wenn das Pfand durch seine Schuld untergeht oder verschlechtert wird, unterliegt keinem Zweifel [339]), und nur darüber herrschen

---

zeit der widerlosung mit den vorg. hauptsummen .. Doch vermugen sie die vorg. schlosser ohne uns ... *in besserung halten und fur falle bewahren.*

335) Urk. 1303. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 251). Urk. 1325. (das. Nr. 299), Urk. 1368. (Potgieser p. 149, 257), Urk. sacc. XIV. (Senkenberg Sel. IV. 170, 172).

336) Urk. 1340. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 342) ouch hait der vorg. unse herre von Hessin uns denselben (versetzten) Reynhartiswalt sunderlich bevolin, daz wir yme und sinen erbin die truweliche beschirmen und bewaren sollin. Urk. 1360. (bei Riccius de dom. pign. p. 96).

337) Vgl. oben Note 202.

338) Schwsp. 258. b.: von der mile je 6 pf. Münch. St. R. 93. Bayr. L. R. 243. (Freyberg IV. 469) von der meil 6 pf. ... und ment er ims in dem phluog, so sol er im je von dem tag 12 pf. geben.

339) Vgl. Förster Ztschr. f. D. R. IX. 120 bis 128.

Digitized by Google

in den Rechtsquellen verschiedene Ansichten, ob es genüge, wenn der Pfandbesitzer das Pfand so gut wie seine eigenen Sachen verwahre und behandele [340]), oder ob er dasselbe besser als seine eigenen Sachen in Acht nehmen müsse, welcher Ansicht der Schwabenspiegel folgt [341]):

So sprechent sumeliche lute: verluset ein man sin selbes gut mit minem gute, er sule ez mir nut gelten. Daz ist nut. Einem jegelichen man ist daz gesetzet, daz er froemedes gutes baz sul phlegen, danne sin selbes gut.

Streitig ist dagegen die oben [342]) ausgesetzte Frage, ob der Pfandbesitzer für den Zufall einzustehen habe. Ohne Zweifel trägt er die Gefahr des Zufalls insofern, als die Rechte, welche ihm an dem Pfande zustehen, durch den Untergang desselben erlöschen und durch die Verschlechterung desselben geschmälert werden, ohne daß ihm ein Ersatzanspruch gegen den Pfandeigner zusteht. Der Streit bewegt sich nur um die Frage, ob der Pfandbesitzer unter den Voraussetzungen, unter welchen der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes fordern kann, für das zufällig untergegangene oder verlorene oder verschlechterte Pfand Ersatz leisten muß. Das Quellenmaterial zur Entscheidung dieser Frage ist von Andern so vollständig gesammelt worden, daß hier lediglich darauf verwiesen werden kann [343]). Die Entscheidung selbst aber kann nicht durch die einfache Formel, der Pfandbesitzer hafte nicht oder er hafte für den Zufall, gegeben werden. Es sind Pfändung und Satzung und wiederum die verschiedenen Arten derselben zu unterscheiden. Bei der hier in Rede stehenden Art

340) Verm. Ssp. III. 17, 17. Vorlust der jodde eyme sin phant, *do he keyns me mete vorlorn had*, daz muz der jodde gelden. Prag. Juden-Priv. 1253. §. 7. (Rößler 182). So auch in Pfandbriefen, z. B. Urk. 1329. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 309) sollen wir dasselbe husz ... halten in eren, rechten und bescheydenheit als unser selbs eygen gud.

341) Schwsp. 230. Der oben angeführte Satz ist auf die Fälle des empfehlen, setzen und leihen, Art. 228, 229 und 230 zu beziehen. S. auch Rupr. 147, Kulm. V. 33.

342) Vgl. Note 46 ff.

343) Förster Ztschr. f. D. R. IX. 128 ff., Budde das. 415 ff., Stobbe Vertr. 251.

Digitized by Google

der Satzung aber sind Mobiliar- und Immobiliarpfänder zu sondern. Da das Pfandgeschäft bei jenen eine wesentlich andere Wirkung hat, als bei diesen, so ist es nicht befremdend, daß auch in Betreff der Tragung des Zufalls die Behandlung derselben verschieden ist. Da bei beweglichen Pfändern ein suspensiv bedingter Kauf abgeschlossen, das Pfand aber schon vor Eintritt der Bedingung dem Pfandempfänger zu seiner Sicherheit übergeben wird, so reiht die Mobiliarsatzung sich denjenigen Geschäften an, durch welche Jemandem eine fremde Sache mit der Verpflichtung zu demnächstiger Rückgabe anvertraut wird, sie wird in Betreff der Gefahr des Zufalls insbesondere dem Kommodat an die Seite gestellt. Dagegen schließt die Immobiliarsatzung sich in dieser Beziehung dem Kaufe an, indem das Satzungsrecht auf Wiederkauf für die Pfandsumme verkauft ist. Nur von Mobiliarpfändern handelt die Hauptstelle Ssp. III. 5. §. 4, §. 5[343a]), in welcher mit Unrecht eine Entscheidung der Frage für das Pfandrecht im Allgemeinen gefunden wird.

a) Zufall bei Mobiliarpfändern.

Der Sinn der angeführten Hauptstelle des Sachsenspiegels läßt sich durch folgende Umschreibung bezeichnen: Wenn Jemand, heißt es im §. 3, seine Sache einem Andern zur Aufbewahrung übergiebt und die Sache gestohlen oder geraubt wird oder verbrennt oder stirbt, so steht der Depositar für den Schaden nicht ein, wenn ihm kein Verschulden zur Last fällt, weßwegen er sich als Beklagter eidlich reinigen kann. Wenn aber, heißt es weiter im §. 4, Jemand seine Sache einem Andern leiht oder versetzt, so muß dieser sie zurückgeben, und zwar unverschlechtert, oder ihren Werth bezahlen; er muß sie also bezahlen, wenn er sie nicht zurückgeben kann, weil sie untergegangen oder verloren, etwa gestohlen, geraubt oder verbrannt ist, gleichviel ob durch Zufall

343a) Darauf beruhen a) Magd. R. 1304. §. 88. (Gaupp 299); Salzwedel. R. §. 80, §. 81. (Gengler St. R. 206). b) Hamb. R. 1270. XII. 12, woselbst st. anders zu lesen ist aver, 1292. P. XII; Lüb. Hamb. R. (Hach III) 404. c) Verm. Ssp. IV. 42, 19 und 20. d) Dsp. 204, 205. Schwsp. 258. Rupr. 147. Kulm. V. 34.

Digitized by Google

oder in Folge seines Verschuldens. Dies leidet aber, fügt §. 5 hinzu, die Beschränkung, daß er die Sache dann nicht zu bezahlen braucht, wenn sie durch einen Zufall untergegangen ist, welcher sie auch dann betroffen hätte, wenn sie nicht verliehen oder versetzt worden wäre, namentlich wenn ein Thier eines natürlichen Todes stirbt; in diesem Falle befreit der Pfandbesitzer sich von der Ersatzpflicht, wenn er sich eidlich reinigt, daß ihm kein Verschulden zur Last fällt. Freilich, fügt der §. 5. am Ende hinzu, trifft der Zufall den Pfandbesitzer indirekt auch in diesem Falle insofern, als er seinen Pfandschilling einbüßt, wenn ihm nicht in Folge eines Versprechens ein Forderungsrecht auf Zahlung desselben zusteht.

Diese Auslegung, welche in sprachlicher Hinsicht möglich und ungezwungen ist, weicht von der durch Budde und Stobbe a. a. O. begründeten in dreifacher Richtung ab. Erstens indem der Verlust des Pfandschillings nicht aus der Haftung des Pfandbesitzers für den Zufall abgeleitet wird; hiervon war schon oben die Rede[344]). Zweitens indem der §. 5. nicht als Anwendung, sondern als Beschränkung der im §. 4. vorangestellten Regel betrachtet wird, wofür die Satzfügung spricht, da §. 5. durch aver ebenso in Gegensatz zum §. 4. gestellt ist, wie §. 4. in Gegensatz zum §. 3. Endlich indem der im §. 5. erwähnte Fall des Sterbens eines versetzten Thiers nicht als singulär, sondern als Beispiel für eine Klasse von Unglücksfällen aufgefaßt wird, wodurch man die Annahme einer Ineleganz vermeidet, welche, wie Hahn[345]) mit Recht bemerkt, selbst dem unentwickeltsten Rechte nicht zuzutrauen wäre.

Sowohl die im §. 4. ausgesprochene Regel als die Beschränkung derselben im §. 5. ist auf ein allgemeines Prinzip des deutschen Rechts zurückzuführen, nämlich auf den Grundsatz, daß der Urheber eines einem Andern zugefügten Schadens diesen ersetzen muß, gleichviel ob er ihm zur Schuld zuzurechnen ist oder nicht. Dieser Grundsatz ist zunächst für den Fall anerkannt,

344) Vgl. Note 56 ff.
345) Vgl. oben Note 55.

Digitized by Google

daß Jemand durch eine einseitige Handlung einem Andern einen Schaden zufügt; der Urheber des Schadens trägt denselben, auch wenn er ihm nicht zur Schuld angerechnet werden kann, z. B. wenn er unmündig oder geisteskrank ist[346]). Demselben Grundsatze aber sind, wie es scheint, auch die Entscheidungen über die Frage zu unterstellen, wer in Vertragsverhältnissen den zufälligen Schaden zu tragen habe, welcher eine fremde Sache betrifft, die ein Kontrahent infolge des Vertrages besitzt und dem andern Kontrahenten in specie zurückgeben soll. Als Urheber dieses Schadens wird derjenige Kontrahent betrachtet, welcher die Sache in die Lage gebracht hat, in welcher sie von dem Zufall betroffen worden ist. Obschon beide Vertragschließende bei der Uebergabe durch Geben und Nehmen mitgewirkt haben, gilt doch als Urheber des Schadens nur derjenige, welcher das Rechtsgeschäft veranlaßt hat. Ob der Geber oder der Empfänger dazu Anlaß gegeben habe, wird nicht in jedem einzelnen Falle, sondern nach der Natur des Rechtsgeschäfts im Allgemeinen beurtheilt. Gewährt das Geschäft nur Einem der Vertragschließenden Vortheil, so wird angenommen, daß dieser das Geschäft veranlaßt, folglich den Schaden verursacht habe, weßhalb beim Depositum oder Mandat ohne Entgeld[347]) der Deponent oder Mandant, dagegen beim Kommodat der Kommodatar den zufälligen Schaden zu tragen hat. Gewährt dagegen das Geschäft Beiden Vortheil, so kann nicht behauptet werden, daß der Empfänger das Geschäft veranlaßt und dadurch den Schaden verursacht habe; er ist daher nicht verbunden, den unverschuldeten Schaden zu ersetzen.

---

346) Wilda Strafrecht 552. Hepp Die Zurechnung 1838. S. 118. Zu der Zusammenstellung des Letztern S. 175. aus den neuern Legislationen ist zu bemerken, daß der deutschrechtliche Grundsatz in Sachsen sich bis auf die neuere Zeit erhalten hat, und noch in dem revidirten Entwurfe des sächsischen Gesetzbuchs (1860) §. 1517. in Betreff der Forderung wegen widerrechtlicher Schadenszufügung bestimmt wurde: „Zurechnungsfähigkeit des Handelnden ist nicht erforderlich"; vgl. Motive S. 839. Erst bei der Schlußredaktion des Gesetzbuchs wurde dieser Artikel gestrichen.

347) Empfängt der Depositar oder Mandatar Lohn, so wird angenommen, daß er allein Vortheil vom Geschäfte habe.

Digitized by Google

Was nun die Mobiliarsatzung betrifft, so wird von den Rechtsbüchern angenommen, daß der Pfandempfänger den Anlaß zu der Satzung gebe, daher als Urheber des Schadens zu betrachten sei, welcher das Pfand trifft, so lange es sich in seinem Gewahrsam befindet. Man könnte diese Entscheidung auffallend finden; denn die Satzung geschehe im Interesse beider Vertragschließenden, und gewähre Beiden Vortheil, dem Pfandgeber insofern, als ihm ohne Pfandbestellung nicht kreditirt worden wäre; also könne in Anwendung des oben entwickelten Grundsatzes der Pfandempfänger nicht als Urheber des Schadens angesehen werden. Hierbei würde jedoch übersehn, daß der Vortheil, den der Kontrahent vom Vertrage hat, für die Tragung der Gefahr des Zufalls nur mittelbar entscheidet, insofern nämlich daraus gefolgert werden kann, von welchem Kontrahenten das Geschäft ausgegangen sei; daß aber auch dann, wenn diese Folgerung nicht stattfindet, weil beide Kontrahenten Vortheil vom Vertrage haben, aus der sonstigen Natur des Geschäfts entnommen werden kann, von welchem Kontrahenten dasselbe ausgehe. Da nun derjenige, welcher Geld sucht, zunächst versuchen wird, dasselbe auf bloßen persönlichen Kredit aufzunehmen, das Verlangen einer Pfandbestellung oder sonstigen Sicherheit aber von demjenigen auszugehn pflegt, welcher um Geld angegangen wird, so läßt es sich rechtfertigen, daß der Pfandempfänger als derjenige angesehn wird, welcher gewöhnlich die Initiative zu dem Pfandgeschäfte ergreift und veranlaßt, daß das Pfand ihm übergeben werde. Hierin liegt der Grund der Entscheidung des §. 4. der fraglichen Stelle des Sachsenspiegels.

Als Urheber des Schadens aber kann der Pfandempfänger — und ebenso der Kommodatar[348]) — dann nicht betrachtet werden, wenn das Pfand von einem Zufalle betroffen wird, welcher dasselbe auch dann betroffen hätte, wenn es nicht versetzt worden wäre. Es fehlt dann an dem Kausalzusammenhange

348) Augsb. R. (Freyberg 78) lihet auch ein man dem andern sin ros oder sin vihe .. ane lon unde durch liebe, verwarlost er im daz oder vliust ez im, daz sol er im gelten, ane als verre .. daz ez daz gemeine mort habe geslagen.

Digitized by Google

zwiſchen der Handlung des Pfandbeſitzers, wodurch er in den Beſitz des Pfandes gekommen iſt, und dem eingetretenen Schaden. Dieſer Fall tritt z. B. ein, wenn ein verſetztes Thier den gemeinen tod, des allen lebenden Geſchöpfen gemeinſamen natürlichen Todes ſtirbt. Die Entſcheidung des §. 5. a. a. O. enthält mithin keine Singularität, ſondern eine wohlbegründete Folgerung aus dem unterliegenden Grundſatze. Daß ein Thier des natürlichen Todes geſtorben ſei, wird angenommen, wenn es zwiſchen wasser und crippen geſtorben iſt[349]). Doch wird hierdurch nur die Annahme beſeitigt, daß der Pfandbeſitzer das Thier gebraucht und hierdurch ſeinen Tod verſchuldet habe. Er muß daher auch in dieſem Falle[350]) auf Verlangen des Verpfänders eidlich erhärten, daß er überhaupt ohne Schuld an dem Tode ſei, und das Thier oder wenigſtens die Haut vorzeigen[351]), um durch Augenſchein nachzuweiſen, theils daß das Thier wirklich todt und nicht etwa auf die Seite gebracht ſei, theils daß ſich keine Verletzung vorfinde, welche den Tod verurſacht haben könnte.

Es iſt demnach als gemeinrechtliche Regel für die Mobiliarſatzung hinzuſtellen, daß der Pfandbeſitzer ohne Unterſchied zwiſchen Schuld und Zufall für den Untergang oder die Verſchlechterung des Pfandes während ſeines Pfandbeſitzes haftet, mit Ausnahme desjenigen Zufalls, welcher das Pfand auch dann betroffen hätte, wenn es nicht verſetzt worden wäre. Abweichungen von dieſer Regel finden ſich ſelten, wenn man diejenigen Ausſprüche ausſcheidet, welche nicht hierher gehören, weil ſie ſich auf die Pfändung beziehn[352]). Die vorkommenden Abweichungen ſind der Einwirkung fremden Rechts zuzuſchreiben.

Hier und da hat das römiſche Recht eingewirkt. Wahr-

349) Vgl. oben Note 202.

350) München. R. 93.

351) Glogau. R. 155. (Waſſerſchleben I. 21). Ebenſo wenn zu borge gethanes Vieh ſtirbt, Ssp. III. 10. §. 3, Hamb. R. 1270. VI. 25.

352) Dies gilt von München. R. 105. und Bayr. L. R. 231, welche Förſter a. a. O. 130. und Stobbe a. a. O. 256. hierher ziehen; bezüglich der Satzung ſtimmen Münch. 93. und Bayr. L. R. 243. mit Schwſp. 258. überein.

Digitized by Google

scheinlich ist dies bei spätern süddeutschen Rechtsquellen, z. B. dem Wiener Stadtrecht von 1435[353]), bei der dem sechszehnten Jahrhundert angehörigen Krefftingʼschen Glosse zum Bremer Stadtrecht[354]), und jedenfalls bei dem Ausspruche des Lübischen Rechts[355]):

settet en man dem andern ein pandt, dat schal he eme unvordorven weddergeven edder gelden na syner werde, so dat von vorsümenisse ummegekommen, sunsten darff he eme darvör nicht antwörden,

welche Stelle aus dem Rechtsbuche des Joachim Kolle Art. 91 entlehnt ist, der dazu selbst bemerkt, dieser Artikel sei im Kaiserrecht gegründet, das sächsische Recht, welches anders verordne, sei nicht allein dem gemeinen beschriebenen kaiserlichen, sondern auch dem natürlichen Rechte zuwider, daher auch in den sächsischen Konstitutionen von 1572. II. 26. aufgehoben.

Erheblicher ist die Einwirkung des jüdischen Rechts. Dasselbe erklärt den Pfandbesitzer haftbar für jeden durch sein Verschulden, dagegen nicht haftbar für einen durch unvermeidlichen Zufall, als Einbruch, Feuer u. dgl., verursachten Verlust[356]). Hiermit übereinstimmend sprechen viele Juden-Privilegien aus, daß der jüdische Pfandbesitzer für den zufälligen Schaden nicht hafte, wenn er das Pfand gehörig verwahrt habe, und daß er seiner Pflicht genüge, wenn er es ebenso wie seine eignen Sachen aufbewahre[357]). Es gilt von diesem Rechtssatze dasselbe, was oben

353) Vgl. Stobbe a. a. O. 259.

354) Förster a. a. O. 130. Ord. 1303. Nr. 3. (Oelrichs 68) und Stat. 1428. I. 29. (Oelrichs 336) weichen vom Ssp. nicht ab, was die Ersatzpflicht des Pfandbesitzers betrifft; von der Pfändung handelt Ord. 37. (Oelrichs 91).

355) Hach IV. 98.

356) Fassel Das mosaisch-rabbinische Civilrecht 1852. I. §. 461.

357) Prager Juden-Priv. 1253. §. 7. (Rößler 182). Brünner Jud. Priv. 1268. §. 21. Augsb. St. R. 1276. (Freyberg 40) geschicht dem rosse iht an des juden schulde, den schaden sol der selpschol haben und sine burgen. Berm. Ssp. III. 17, 12. und 17. Brixen. Jud. Priv. 1403. (Bischoff. St. R. 13) wär auch daz ain schad beschäch an den pfanden, es wär von milwen, mewsen, fewer, gots gewalt, von dieben

Digitized by Google

von der Ausschließung der Vindikation gestohlener Sachen gegen jüdische Pfandbesitzer bemerkt worden ist. Ursprünglich auf dem nationalen Rechte der Juden beruhend, durch kaiserliche oder landesherrliche Privilegien nicht geschaffen, sondern nur geschützt, blieb dieser Rechtssatz für die Juden in Uebung, als im Uebrigen die Nationalität des Rechtes durch die Territorialität desselben verwischt wurde, und kam auch da zur Anwendung, wo er auf ein kaiserliches oder landesherrliches Privileg nicht gestützt werden konnte. Falls das Pfand ohne Verschulden des Juden verloren und daher von ihm nicht zu ersetzen ist, verliert doch, wie in mehreren Quellen gesagt wird, der Jude sein Geld [358]). Dies ist bemerkenswerth, weil daraus mit Bestimmtheit hervorgeht, daß der Verlust des Pfandschillings nicht auf einer Kompensation mit dem vom Pfandbesitzer zu ersetzenden Pfandwerthe beruht. Vielmehr verliert der Jude sein Geld deßhalb, weil ihm kein Recht auf Zahlung des Pfandschillings zusteht, wenn nicht zu dem Pfande gelobet worden ist. Wie die Magdeburger Schöffen annehmen [359]), haftet der jüdische Pfandbesitzer dann auch für den zufälligen Schaden, wenn er Zinsen zu fordern hat. Offenbar behandelt dieser Rechtsspruch den jüdischen Pfandbesitzer nach Analogie derjenigen Besitzer fremder Sachen, welche, wie Depositare und Mandatare, in der Regel für den zufälligen Schaden nicht haften, ausnahmsweise aber dafür einstehn, wenn sie Lohn erhalten [360]). War dieser Satz als gemeines Recht anerkannt, so war damit dem Vorzug der Juden bezüglich der Haftung für den Zufall die Spitze abgebrochen, da wohl selten unverzinsliche Darlehn von Juden gegeben wurden.

---

oder herren not, ungeverlich: das sullen die juden nicht bezalen. Frankf. Schöffen-Urth. 1443. bei Thomas 335. Nr. 80. Vgl. Neumann Wucher 309.

358) Berm. Ssp. III. 17, 12. Briren. Jud. Priv. 1403. a. a. O.

359) Magd. Schöff. Urth. bei Böhme VI. 113, Glogau. R. 475. (Wasserschleben I. 58) verseczet eyn cristenman eyme juden eyn phant, da von her dem juden wucher gebit, unde vorleuset her daz phand mit seyme gute: her mus ys doch gelden.

360) Albrecht Gewere S. 136.

Digitized by Google

b) Zufall bei Immobiliarpfändern.

Weit seltener, als bei Mobilien, findet man die Haftung des Pfandbesitzers für den Zufall bei Immobilien erörtert. Die Zerstörung von Gebäuden durch Brand oder Einsturz, insbesondere die Zerstörung fester Plätze in Fehden[361]), also Fälle der Verschlechterung, nicht des Untergangs des Pfandes, bilden den Gegenstand der Erörterung. Die Stadtrechte, welche diesen Fall behandeln[362]), beschränken sich darauf auszusprechen, daß der Pfandbesitzer sich mit den reliquiae incendii vel ruinae, mit dem grunt und den brenden begnügen muß, ohne die Wiederherstellung des früheren Zustandes oder Schadensersatz vom Eigenthümer fordern zu können. Das Soester Stadtrecht geht auf die Frage ein, ob der Pfandbesitzer dem Eigenthümer für die zufällige Verschlechterung Ersatz leisten müsse, und verneint dieselbe, indem es ausspricht, daß der Eigenthümer die Pfandsumme (also ohne Abzug wegen der Verschlechterung des Pfandes) zahlen müsse, wenn er die Pfandschaft zurückfordert oder diese Absicht thatsächlich dadurch zu erkennen giebt, daß er sich des Grundstücks oder der Ueberreste des zerstörten Gebäudes unterwindet[363]). Mit diesen Stadtrechten stimmen auch Pfandurkunden überein, indem sie festsetzen, daß, wenn eine verpfändete Veste in Fehde verloren gehe, der Pfandbesitzer sein Geld und der Eigenthümer das Pfand verlieren soll[364]), vorausgesetzt immer, daß nicht der

361) Der Uebergang auf einen Andern durch Eroberung, vgl. N. 281, gehört nicht hierher.

362) Medebach. Priv. 1165. §. 13. (Weisth. III. 74). Stat. Susat. saec. XIII. §. 31. (Gengler St. R. 443) und Soester Skrae 147. (Emminghaus S. 113). Freiburg. R. 1293. (Schreiber 131). Ueber das Rechtssprichwort: ein Haus, ein Brand, vgl. Graf und Dietherr S. 115. Nr. 286, S. 118.

363) Stat. Susat. l. c.: si vero dominus fundi reliquias invaserit, potest creditor ab eo summam expetere creditorum. Soester Skrae a. a. O.: is aver dat deyghene, deme dey grunt tohoret, sich der brende efte des overlopes underwindet, so mach deyghene, des dat pant is, syn ghelt van eme eysschen.

364) Urk. 1340. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 342) wers daz dazselbe sloz von irre (des Verpfänders) wegin verlorin wurde, so soldin sie uns

Eigenthümer den Verlust herbeigeführt hat, in welchem Falle er den Pfandbesitzer entschädigen muß[365]).

Es würde gewagt sein, aus diesen statutarischen und Vertragsbestimmungen ohne Weiteres den Satz abzuleiten, daß der Immobiliarpfandbesitzer die Gefahr des Zufalls nicht trage. Es wäre immer möglich, daß der entgegengesetzte Grundsatz gelte, wie bei Mobiliarpfändern, sofern er nicht durch statutarische oder Vertragsbestimmungen ausgeschlossen worden. Aber zu demselben Resultate, wie die angeführten Stadtrechte und Pfandbriefe, führt auch die Natur des Rechtsverhältnisses. Da die Immobiliarsatzung einen Verkauf des Satzungsrechtes auf Wiederkauf enthält, und beim Wiederkaufe der Pfandbesitzer als Verkäufer erscheint, so muß derselbe wie jeder Verkäufer für den Zufall haften. Nach deutschem Rechte aber trägt der Verkäufer die Gefahr des Zufalls bis zur Uebergabe bei beweglichen Sachen und bis zur Auflassung bei unbeweglichen Sachen dergestalt, daß er das Kaufgeld nicht fordern kann, wenn das Kaufobjekt in diesem Zeitraum untergegangen oder verschlechtert ist, daß er aber auch nicht verbunden ist, den Werth desselben zu ersetzen, also die Preisdifferenz zu bezahlen[366]). Hieraus folgt, daß der Pfandbesitzer niemals verbunden ist, bei Einlösung des Pfandes den zufälligen Schaden zu ersetzen, daß er aber auch die Einlösung des Pfandes, wenn schon ihm ein Recht darauf zustände, nicht fordern kann, falls das Pfand zufällig untergegangen oder verschlechtert ist.

Zum Beschlusse der Lehre von der Haftung des Pfandbesitzers für den Zufall möge eine Uebersicht der möglichen Fälle

---

des geldis entlegin und uns daz erstatten anderswo; wurde ez abir von unsir wegen verlorin, so sollen sie daz sloz verloren habin unde wir daz gelt. Urk. 1303. (daſ. Nr. 251) si occasione nostra (des Pfandbesitzers) perdatur in litibus frivolis, ubi justitie parere noluerimus, domino nostro Maguntino castellum et nobis pecunia desuper concessa reputabuntur perdita utrobique. Vgl. auch Bodmann (oben Note 157) S. 251.

365) Vgl. Note 317.

366) Stobbe Vertr. 277 ff.

Digitized by Google

die oben S. 283 ff. und hier S. 368 ff. gewonnenen Resultate veranschaulichen.

I. Wenn das Mobiliarpfand

1) durch einen Zufall betroffen wird, der auch beim Eigenthümer eingetreten wäre, ersetzt der Pfandbesitzer den Werth nicht; er kann die Rückzahlung des Pfandschillings
   a) fordern, wenn der Verpfänder die Rückzahlung versprochen hat,
   b) nicht fordern, wenn der Verpfänder nur das Einlösungsrecht hat.
2) Wird das Pfand durch einen Zufall betroffen, von dem nicht behauptet werden kann, daß er auch beim Eigenthümer eingetreten wäre, hat der Pfandbesitzer den Werth zu ersetzen, jedoch nur den Ueberschuß des Werths über den Pfandschilling zu zahlen, da er
   a) kompensiren kann, wenn ihm das Recht auf Rückzahlung desselben zusteht,
   b) wenn der Verpfänder nur das Einlösungsrecht hat, die Erstattung des Werths nur unter der Voraussetzung gefordert werden kann, unter welcher der Pfandbesitzer zur Rückgabe des Pfandes verbunden wäre.

II. Wenn das Immobiliarpfand von einem Zufall betroffen wird, gleichviel ob er auch beim Eigenthümer eingetreten wäre, ersetzt der Pfandbesitzer den Werth nicht; er kann aber auch die Rückzahlung der Pfandsumme nicht fordern,

   a) in Folge seiner Haftung für den Zufall, wenn der Verpfänder sich zur Rückzahlung verpflichtet hat,
   b) ohnehin nicht, wenn der Verpfänder nur das Einlösungsrecht hat.

Es war bisher von den Verpflichtungen die Rede, welche dem Pfandbesitzer bis zur Einlösung obliegen. Was sodann

2) die Verbindlichkeit desselben betrifft, das Pfand im Falle der Einlösung zurückzugeben, so versteht dieselbe sich von selbst, auch wenn dem Verpfänder das Einlösungsrecht nicht ausdrücklich vorbehalten worden ist.

Digitized by Google

Das Pfand einzulösen[367]), ist zunächst der Verpfänder selbst berechtigt, nach seinem Tode der Erbe[368]), und zwar, wenn die Nachlaßbestandtheile je nach den verschiedenen Successionsarten an verschiedene Personen fallen, derjenige, welchem der versetzte Gegenstand zufiele, wenn er sich im Nachlasse befände[369]). Ist eine Sache versetzt, welche Mehreren gesammter Hand zusteht, so erscheint jeder Gesammthänder zur Lösung der ganzen Sache befugt, wogegen ein Miteigenthümer nur seinen Theil der Sache einlösen kann; der Gesammthänder, welcher die Sache eingelöst hat, muß den übrigen Gesammthändern die Einlösung zu ihrem Antheil gestatten. Diese Annahme entspricht der Natur der gesammten Hand, da die Gesammthänder nach Außen wie eine Einheit auftreten und nur für die innere Seite ihres Verhältnisses die Theile hervortreten. Sie wird bestätigt durch Urkunden, in welchen die Gesammthänder eine dieser Regel entsprechende Bestimmung treffen. So wird z. B. von dem Landgrafen Hermann von Hessen und dem Grafen Ruprecht von Nassau, indem sie verabreden, beim Tode des Grafen Philipp von Nassau dessen Grafschaft zu gleichen Theilen als Ganerbschaft zu besitzen, wegen der Pfandschaften bestimmt:

wers auch, daz usz der vorg. grafschaft und herschaft icht vorsast were, daz sollen wir alle beide mit eynander losin .. wers daz Ruprecht .. nicht losin wolde des, daz itzund virsast ist, so mugin wir lantgreve Hermann daz alleyne losin, und waz wir also tzu uns alleyne loseten, da solden wir eme gestadin tzu dem halben teile tzu komene, wan

367) Das Pfand losen oder loesen, Schwsp. 26, ledigen, Verm. Ssp. III. 14, 5, leegen, Richtst. Ldr. 42. §. 6, bedeutet, das Pfand von dem Rechte des Pfandempfängers frei oder los machen.

368) Ueber das Verhältniß des nähern und entfernteren Erben, welche beide einlösen wollen, vgl. Magd. Schöff. Urth. 139. bei Wasserschleben I. 94.

369) Vgl. die Beweise bei Stobbe in Jahrb. von Bekker und Muther V. 318. und Lewis Succ. in Obl. 107. Dazu Leipz. Schöff. Urth. bei Zobel Ssp. 534. b: das ist alles erbe, darvon bezalt und entricht man desz todten schuld ... auszgezogen die schuld, die auff dem lehengut verschrieben oder dafür die gerade oder heergewette verpfand sind, die derjenige, dem sie zufallen, wieder loesen mag.

Digitized by Google

her uns daz halbe teil des geldes gegeben, daz wir dar vor hettin uzgegebin [370]).

Eine ähnliche Verabredung trifft der Erstgenannte mit dem Grafen Heinrich von Henneberg in Betreff des Schlosses Barchfeld, welches Ersterer zu ¾, Letzterer zu ¼ gemeinschaftlich besitzen [371]). Veräußert der Verpfänder den versetzten Gegenstand, so geht das Einlösungsrecht auf den Erwerber über, was selbstverständlich ist, in den Urkunden aber ausdrücklich hervorgehoben wird [372]); der Erwerber erwirbt das Pfand, indem er dasselbe einlöst, zu dem durch das Veräußerungsgeschäft bestimmten Rechte, z. B. als Eigenthum, Lehn oder zu Pfandrecht. Da das Eigenthum während des Pfandverhältnisses in seinen meisten Wirkungen ruht, so ist öfters nur von der Abtretung des Einlösungsrechts [373]) oder von der Veräußerung der zum Beweise desselben dienenden Urkunde [374]) die Rede, wo in der That die Veräußerung der versetzten Sache gemeint ist. Es ist aber auch möglich, daß der Verpfänder das Einlösungsrecht einem Andern einräumt, ohne

370) Urk. 1377. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 418).

371) Urk. 1387. (Wenck a. a. O. Nr. 427): were auch das icht virsaszt were usz den vorg. gerichten .. die mag der vorg. unsz ohme (der Landgraf) oder sine erbin widder losen, darane sulden wir oder unsz erbin habin ¼ zu bezalne ... bezalten wir .. das nit, so sal unsz ohme ... unsern ¼ also lang inne habin, bisz wir oder unsz erbin das von ime losen. Desselbichin glichen sullen wir oder unser erbin, ob wir was losten ... unszeme ohmen egen. und sinen erbin zu irme dritten teil (d. h. ¼) widder thun.

372) Urk. 1326. (Wenck a. a. O. I. Nr. 160): alliz daz guit, daz wir oder unse vurvarin versaist hain, daz mach derselbe probst (der Käufer) losin zu allim deme recht, also wirz losin mochten und umme diselbin peninge. Urk. 1453. (das. Nr. 341).

373) Urk. 1264. (Wenck a. a. O. I. Nr. 43): cum villa E. ... per maritum meum et me obligata michi cedat et cesserit redimenda, jus quod michi in eadem villa .. in redimendo et habendo cederi potest, libere cedo et do consanguineis meis P. et W. ..., relinquens eis nichilominus plenariam potestatem cum pred. faciendi quicquid ipsorum fuerit voluntatis. Urk. 1403. (das. Nr. 296): want wir .. verkaufft und uffgegeben soliche losung, als wir han an den dorfen zu O. ....., daz denn auch ewiclich zu besitzen und zu behalden.

374) Urk. bei Platner Ztschr. f. R. G. IV. 132. N. 24.

Digitized by Google

sein Eigenthum aufzugeben [375]). Dies Geschäft ist so aufzufassen, daß der Letztere in Vollmacht des Erstern das Pfand einlöst [376]) und hierdurch das Erlöschen des bisherigen Pfandrechts herbeiführt, zugleich aber für ihn ein neues Pfandrecht bestellt wird, kraft dessen er die Pfandschaft für die zur Einlösung verwendete Summe behält. Um die Einlösung zu erschweren, wird oft bei der Verpfändung festgesetzt, daß der Verpfänder nur selbst und mit seinem eigenen Gelde einlösen dürfe [377]); hierdurch ist sowohl die Veräußerung der versetzten Sache, als auch die Ausübung des Einlösungsrechtes durch einen Andern in Vollmacht des Verpfänders und die Einlösung durch den Verpfänder selbst mit erborgtem Gelde ausgeschlossen [378]).

Das Einlösungsrecht kann zu jeder Zeit ausgeübt werden, wenn im Pfandvertrage keine Zeit der Einlösung bedungen ist. Häufig finden sich Bestimmungen, welche dem Pfandverhältniß eine gewisse Dauer sichern, indem bedungen wird, daß die Einlösung erst nach Verlauf eines gewissen Zeitraums stattfinden soll [379]), oder welche einer plötzlichen Einlösung durch Festsetzung einer Kündigungsfrist [380]), oder einer Einlösung zu unbequemer

375) Beispiele dieses sehr häufigen Geschäfts enthalten Urk. 1361. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 393), 1365. (das. Nr. 405), 1324. (Senkenberg Sel. III. 562).

376) Urk. 1329. (Boehmer Cod. dipl. Moenofranc. I. 498) geben wir in *vollen gewalt und macht* .. in unserm und dez reichs namen etc. (vgl. Note 311). Urk. 1379. (Senkenberg oben S. 9. N. 17. p. 79) so haben wir ... demselben unserm swager erleubt, gegunst und *dise follemacht* gegeben .. daz er ... widerlosen mogen.

377) Beispiele bei Potgieser (oben S. 10. N. 22) p. 264, Bodmann (oben N. 157) S. 237; ferner Urk. 1342. (Lünig Cod. Germ. dipl. II. 7) quousque per nos et non per quemvis alium fuerint exsoluta. Urk. 1365. (Rudolphi Gotha dipl. V. 211) das sie mit irem selbst geld und niemand anderes thun sollen.

378) Den letzten Fall will Bodmann a. a. O. ohne Grund ausnehmen.

379) Albrecht Gew. N. 324. Urk. 1387. (oben N. 282) wy en schollen binnen dessen negesten tokomenden achten jare ... neyne loze kündigen. Urk. 1460. (Lisch Meckl. Urk. II. Nr. 140) nichtes ane to beholdende sunder den wedderkop .. wener 8 jare hiir neghest navolghen ummekomen sint.

380) Urk. 1340. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 342) sie sollen ez uns

Digitized by Google

Zeit durch die Verabredung vorbeugen, daß jährlich nur zu bestimmten Tagen eingelöst werden dürfe[381]). Die Abrede, daß nur binnen einer gewissen Frist die Einlösung zulässig, nach deren Ablauf aber das Pfand dem Pfandbesitzer zum Eigenthum verfallen sein soll, ist bereits oben erwähnt; ebenso die beim Mobiliarpfande zulässige Präklusion des Einlösungsrechtes. Wo aber weder die lex commissoria dem Pfandvertrage beigefügt noch die Präklusion des Einlösungsrechtes eingetreten ist, wird dasselbe durch Zeitablauf nicht ausgeschlossen. Daher das Rechtssprichwort: Versatz verjähret nicht[382]). Jüdische Pfandbesitzer können an jüdischen Feiertagen nicht zur Rückgabe der Pfänder genöthigt werden[383]).

Daß der Verpfänder das zur Einlösung bestimmte Geld dem Pfandbesitzer zu bringen hat, liegt in der Natur des Verhältnisses. Hier und da ist im Pfandvertrage ein Ort bestimmt, an welchem die Zahlung geschehen müsse[384]), vielleicht zur Sicherstellung des Empfängers gegen Beraubung.

Zur Einlösung des Pfandes ist die Pfandsumme zurückzuzahlen. Daneben sind, wenn der Pfandempfänger ein Jude ist[385]), Zinsen zu zahlen, soweit sie bedungen sind, wogegen der christliche Pfandbesitzer weder Zinsen noch irgend einen Aufschlag

---

abir *ein halb jar* lazin vór versten. Urk. 1365. (oben N. 377) die loesung sollen sie uns *ein viertel jahr* verkündigen. Urk. 1407. (Senkenberg oben S. 9. N. 17. p. 73) das solten wir .. *einen mand* zuvorn verkundigen zu husse ader zu hoffe mit boden ader mit brieffen ader munt widder munt.

381) Albrecht Gew. N. 325. Kraut §. 123. Nr. 32. Urk. 1350. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 364) annis singulis .. infra Martini et purificationis B. Mariae Virg. festa. Urk. 1365. (oben N. 377) alle jahre auf lichtmess. Urk. 1415. (oben N. 250) jerlich in der acht tagen nach St. Lucein tag u. a. m.

382) Graf und Dietherr S. 115. Nr. 284.

383) Verm. Sfp. III. 17, 28.

384) Z. B. Urk. 1350. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 364) in opido seu castro supradicto (dem Pfandobjekte). Urk. 1365. (oben N. 377) thun und leisten zu Eisenach oder zu Gotha.

385) In dieser Hinsicht kann auf Neumann Wucher S. 297 ff. verwiesen werden.

Digitized by Google

fordern darf[386]). Hierdurch iſt nicht ausgeſchloſſen, daß derſelbe Erſatz derjenigen Verwendungen beanſpruchen kann, welche das Maß ſeiner Verpflichtung zur Unterhaltung des Pfandes überſchreiten. Jedoch kann nicht behauptet werden, daß dieſer Anſpruch ſich weiter erſtrecke, als auf ſolche Verwendungen, welche entweder zur Erhaltung des Pfandes nothwendig oder von dem Pfandeigner bewilligt waren. In dieſen Grenzen anerkennt ein Rechtsſpruch von 1422[387]) den Erſatzanſpruch:

als myn herre der greve (von Waldeck) fur sich zieht und vermeynt, daz er sin ansprache irfolgit hette umb kuntlich buwe und bezzerunge an dem vorg. sloz, und dan myn gn. herre von Mentze in siner widerrede abir dez nit gestehet, daz er ime dez vollbort zu virbuwen sines willens ghegheben habe; darumb han wir sie gerichtit: kunte myn herre der greve bybrengen, daz myn herre von Mencze *yme des irleubit* adir daz daz *nottorfftig* gewest sy, mit unbesprochen biderbin luden, so sal myn herre von Mencze yme de scholt gelten, als men dunckit, daz redelich sy, ane geverde.

Zu den zu erſetzenden nothwendigen Verwendungen gehören insbeſondere die Fütterungskoſten bei eſſenden Pfändern. Wegen derjenigen Meliorationen, welche nicht auf einer nothwendigen Aufwendung beruhen, iſt dem Pfandbeſitzer nur die Befugniß der Wegnahme zuzugeſtehn[387a]).

Wenn alle Vorausſetzungen vorhanden ſind, unter welchen die Einlöſung begehrt werden kann, ſo hat der Pfandbeſitzer gegen Zahlung oder Hinterlegung[388]) des Löſegeldes das Pfand zurückzugeben.

386) Magd. Fr. II. 1, 1. Magd. Schöff. Urth. 76. bei Waſſerſchleben I. 88.

387) Bodmann (oben N. 157) S. 256.

387a) Stobbe Beitr. 81. unterſcheidet nicht zwiſchen nothwendigen und konſentirten und ſonſtigen Verwendungen.

388) Rechtsſpruch saec. XIV. (Senkenberg Sel. IV. 217): seind der egenant von S. (der Pfandeigner) daz gelt, darumb der satz stet, nicht nidergelegt hat oder halt si losung angepotten hat, daz wir si (die Pfandbeſitzerin) desselben satzes widder an nutz und an gewer setzen und darauf schirmen sullen. Oefn. von Stäfa §. 18. (Weisth. I. 46):

Digitized by Google

Die Früchte des verpfändeten Grundstücks zu erndten, ist der Pfandbesitzer kraft des Pflugrechts befugt, wenn zur Zeit der Lösung der Pflug und die Egge das Land bereits bestrichen hat[389]); doch enthalten die Pfandurkunden hier und da andere Bestimmungen, namentlich daß Güter, welche dem Pfandempfänger bebaut und besäet überliefert worden, ebenso zurückgegeben werden sollen[390]).

Die bisher im Einzelnen dargestellten Verbindlichkeiten des Pfandempfängers gehen beim Tode desselben auf die Erben[390]) und bei der Veräußerung der Immobiliarpfandschaft auf den Erwerber über.

Ueberblickt man die gesammten dinglichen und obligatorischen Wirkungen der Satzung, so ergiebt sich, daß sie lediglich das Vermögen betreffen. Dagegen entstand kein persönliches Treue- und Dienstverhältniß zwischen Pfandgeber und Pfandempfänger. Beide standen einander auf dem Fuße der Gleichheit mit vertragsmäßigen Rechten und Verbindlichkeiten gegenüber. Wenn von Pfandherrn und Erbherrn die Rede ist[391]), so handelt es sich nicht um eine Herrschaft des Einen über den Andern in Folge des Pfandverhältnisses, sondern um die dem Einen pfandweise, dem Andern eigenthumsweise zustehende Herrschaft über die Unterthanen eines verpfändeten Gebiets. Wenn Pfandhuldi-

versetzt einer ein pfandstuck, wen der daz losen will, so sol er in das gelt erbötten mit 2 hoffmanen; nimpt er es zinss und gelt, das ist gut; nimpt er das nütt, soll er zinss und geltt legen hinder das gericht, untz er es gern nimpt.

389) Urk. bei Platner Ztschr. f. R. G. IV. 140: hetten wir die eckere gesat und wanne sie dje losunge thun woldin, so suldin sie *unserm phluge sin recht* laszin volgin, also daz wir mit dem getreide thetin, waz wir woldin. Bodmann (oben Note 157) S. 255. erwähnt eine Modifikation des Pflugrechts, wonach ⅔ der Früchte dem Pfandbesitzer, ⅓ dem Pfandeigner zufallen, wenn die Egge zur Zeit der Lösungsverkündigung das Land bereits bestrichen hat. Stobbe Beiträge S. 70.

390) Lewis Succ. des Erben in Obl. S. 103, S. 106. Zur Bestätigung dieser Darstellung, insbesondere auch für Immobilien, dient Blume des Magd. R. II. 4, 7. (Homeyer Richtst 352).

391) Oben N. 26, 27.

Digitized by Google

gung und Erbhuldigung unterschieden wird[392]), so ist nicht von einer Huldigung die Rede, welche der Pfandbesitzer dem Pfandeigner leistet, sondern von der Huldigung, welche die Unterthanen des verpfändeten Gebiets dem Pfandherrn für die Dauer des Pfandverhältnisses und zugleich dem Erbherrn für den Fall der Einlösung des Pfandes leisten, wie auch eine Lehns- und Leibzuchtshuldigung[393]) neben der Erbhuldigung vorkommt. Wenn bei der Verpflichtung zu Kriegsdiensten, z. B. bei Eingehung eines Lehnsverhältnisses oder eines Bündnisses[394]), der Vorbehalt gemacht wird, nicht gegen den Pfandeigner zu dienen, so gründet sich diese Ausnahme nicht auf ein Treueverhältniß, sondern auf die Besorgniß, die Verbindlichkeiten aus dem Pfandvertrage zu verletzen und deßhalb ersatzpflichtig zu werden.

Wenn gleich nun die Satzung die Verpflichtung des Pfandbesitzers zu Dienstleistungen, namentlich zu Kriegsdiensten, an sich nicht begründete, so stand doch nichts entgegen, daß der Pfandbesitzer eine solche Verpflichtung, durch besondern Vertrag oder im Pfandvertrage, für einen bestimmten Fall oder im Allgemeinen für die Dauer des Pfandverhältnisses, übernahm[395]). Geschah

392) Urk. 1398. (Wenck Hess. Gesch. I. Nr. 285) huldunge tun, in zu irem gelde und uns und unsze erben zu unszm erbe; vgl. Albrecht Gew. R. 328. Die Pfandhuldigung findet man nicht blos bei Reichsterritorien, sondern auch bei kleinern Besitzungen; Urk. 1399. (Lünig Cod. Germ. dipl. I. 1411): und sollen in auch die inwonere und gebauren derselben dörffer hulden und schweren zu einem rechten pfandte gehorsam zu sein. Der Pfandhuldigung geht eine Entbindung von dem dem Erbherrn geleisteten Huldigungseide voraus, und öfters stellt der Pfandherr einen Revers aus, die Unterthanen im Fall der Einlösung ihres Eides zu entbinden; z. B. Urk. 1311, 1339. (Lünig l. c. II. 239, 385), womit die Reversalen nicht zu verwechseln sind, welche der Pfandherr wie der Erbherr den Unterthanen bei der Huldigung ausstellt, z. B. Revers für Gelnhausen bei Riccius de dom. pign. Beyl. 1. S. 101.

393) Urk. 1410. (Wippermann Reg. Schaumburg. No. 428. b) to ener rechten liftucht huldeghen.

394) Urk. 1360. (Wenck Hess. Gesch. II. Nr. 389): wurden uns sloss inne mit versatzung, damit sollen wir den vorg. erzbischoff und stiefft nicht gewarten wider die herren, von da wir die slosz phands han.

395) Auf einen solchen Fall bezieht sich Sent. 1295. (Legg. II. 462):

Digitized by Google

dies in der Weise, daß der Pfandbesitzer sich als Lehnsmann des Pfandeigners zum Dienste verpflichtete, so pflegt man von einem Pfandlehn zu reden.

Die Lehre vom Pfandlehn, welche von ältern Schriftstellern häufig[396]) und in neuerer Zeit vorzüglich von Homeyer[397]) behandelt worden ist, kann hier nur innerhalb der Grenzen erörtert werden, welche der vorliegenden Abhandlung überhaupt gesteckt sind, also ohne Rücksicht darauf, welchen Einfluß die Umbildung des deutschen Pfandrechts durch das römische Recht auf das Pfandlehn geäußert hat.

Um die Aussprüche der Rechtsbücher[398]) über Pfandlehn zu würdigen, ist es nöthig, die verschiedenen möglichen Fälle des Zusammentreffens des Lehnrechts und Pfandrechts zu unterscheiden und festzustellen, von welchem Falle in den Rechtsbüchern die Rede ist. Es konnte aber

1) geschehen, daß das eine Recht zum Gegenstande des andern gemacht wurde, so daß die Entstehung des letztern das Bestehn des erstern voraussetzte. In diesem Falle trafen nicht beide Rechte an demselben Gegenstande zusammen, sondern jedes von beiden Rechten hatte ein anderes Objekt. Dieser Fall lag vor:

Si aliquis princeps aut dominus interpellat aliquem subditum pro impendendo sibi auxilio contra suos adversarios de castro, quod ab eodem suo domino tenet in pignore, *pacto interposito* de danda sibi pro hujusmodi auxilio pecunie certa summa, idemque subditus adjuvans dominum ipsum de eodem castro sibi obligato factusque ejusdem domini officialis: quod ipse subditus seu officialis dampna, quae exinde pertulerit, nisi aliud deducatur in pactum, debet personaliter sustinere, nec illud tenetur sibi suus dominus resarcire.

396) Außer den Dissertationen von Krupp, Stryk, Marbach, Siegel (Lipen. I. 492) und Rave (Lipen. Suppl. 185) und *Buder* Obs. de feudis pignoratitiis in dessen Amoenit. jur. feud. nr. XIX. p. 128 vgl. namentlich *J. A. Th. Kind* (resp. Steinmetz) Vindiciae feudi pignoratitii. Lips. 1777 und in dessen Opusc. acad. ed. Vogel 1836. p. 242, und Madihn Miscellen 1814. Nr. 47. S. 241. Diese älteren Schriften sind wenig brauchbar, weil sie das deutsche und römische Pfandrecht nicht oder ungenügend unterscheiden.

397) System des Lehnr. S. 345 ff.

398) Sächs. Lehnr. 55. §§. 6, 7, 8. Schwäb. Lehnr. 94b, 95b, 96.

Digitized by Google

a) bei verpfändeten Lehen[399]); Pfandempfänger konnte ein Dritter oder auch der Lehnsherr ſein[400]).

b) bei Pfandſchaften, welche der Pfandbeſitzer zu Lehn gab[401]).

2) Es konnte geſchehen, daß Lehnrecht und Pfandrecht an demſelben Gegenſtande beſtellt wurden, ſo daß ſie ſucceſſiv eintraten. In dieſem Falle trafen beide Rechte nicht zuſammen; das Erlöſchen des einen war die Bedingung, unter welcher das andere eintrat. Dahin gehörte

a) die Eventualbelehnung, wenn ſie nicht auf den Heimfall eines Lehns, ſondern auf das Erlöſchen eines Pfandverhältniſſes geſtellt war, z. B. wenn der Pfandvertrag die lex commissoria in der Weiſe enthielt, daß das Pfand im Falle der Nichteinlöſung dem Pfandbeſitzer als Lehn verfallen ſolle[402]);

b) die Eventualſatzung, welche beim Erlöſchen des Lehnsverhältniſſes in Kraft treten ſollte, z. B. wenn bei der Verwandlung einer Satzung in ein wiederkäufliches Lehn bedungen wurde, daß das Gut den Landerben des letzten Vaſallen für die urſprüngliche oder eine andere Pfandſumme verpfändet ſein ſolle[403]).

3) Daß ein Gegenſtand gleichzeitig als Lehn und als Pfand gegeben werden konnte, iſt zu beſtreiten. War derſelbe Gegenſtand von A. als Lehn, von B. als Pfand dem C. eingeräumt, ſo beſtand ein Eigenthumsſtreit zwiſchen A. und B., nach deſſen Ausgang zu Gunſten des A. oder B. entweder das Lehnsverhältniß oder das Pfandverhältniß zuſammenfiel. War derſelbe Gegenſtand von A. dem B. als Lehn gegeben und dem C. verſetzt, ſo kollidirten die Rechte des B. und C. und es mußte das jüngere dem ältern Rechte oder das ältere dem durch rechte Gewere

399) Oben Note 117 ff.

400) Urk. 1229. bei Homeyer a. a. O. 434. Urk. 1398. (Wenck Heſſ. Geſch. I. Nr. 285) wir J. greve zu Nassauwe .. bekennen .. daz wir versast han .. unszen l. jungherrn H. lantgreven zu Hessen und synen erben die slosze Herborn ... die wir greve J. von den obgen. unszen jungherrn und von dem fürstentum zu Hessen zu lehen han.

401) Oben N. 285 ff.

402) Hiergegen richtet ſich I. F. 27, II. F. 51. §. 6.

403) Urk. 1340. bei Homeyer a. a. O. 350.

Digitized by Google

geschützten jüngern Rechte weichen. Ein Zusammentreffen von Lehnrecht und Pfandrecht an demselben Gegenstande war demnach, wenn überhaupt, jedenfalls nur so möglich, daß die Person des Pfandgebers und Lehnsherrn einerseits und die Person des Pfandempfängers und Vasallen andererseits identisch war. Allein auch in diesem Falle erschienen beide Rechtsverhältnisse unverträglich. Die Unverträglichkeit trat nur so lange nicht hervor, als das Recht des Pfandempfängers und des Lehnsmanns in derselben Hand vereinigt war. Sobald sie sich trennten, sei es durch Veräußerung unter Lebenden oder durch Succession von Todes wegen, indem das Satzungsrecht nach Landrecht, das vasallitische Recht nach Lehnrecht sich vererbte, mußte die Unverträglichkeit beider Rechte sofort hervortreten, da jedes derselben das volle Recht auf den Besitz und Fruchtgenuß gewährte. Die Unmöglichkeit, einen Gegenstand zugleich zu Lehnrecht und zu Pfandrecht, also zu feudalem und allodialem Recht zu besitzen, drückt der Schwabenspiegel[404]) in folgendem Satze aus:

swer im selben seit lehen und satzunge an einem gute mit einander, der seit unrehte; wan lehen mac nit satzunge sin, als mac oh satzunge nit lehen gesin.

Wenn gleichwohl Urkunden vorkommen, in welchen derselbe Gegenstand unter denselben Personen zu Lehn gegeben und versetzt wird, so können sie nur[405]) entweder von einer Belehnung oder von einer Satzung verstanden werden.

4) Es war möglich, eine Belehnung pfandweise und eine Satzung lehnweise vorzunehmen. Im erstern Falle kann man passend von einem Pfandlehn, feudum pignoratitium, im andern Falle von einem Lehnspfand, pignus feudale, reden. Der eine wie der andere Ausdruck ist der Rechtssprache des Mittelalters nicht fremd[406]), doch kann nicht behauptet werden,

404) Schwäb. Lehnr. 95$_b$.

405) Homeyer a. a. O. 347. sagt etwas unbestimmt „nur vorzugsweise als Pfand oder als Lehn".

406) Ueber Pfandlehn vgl. Urk. 1270. (Kind oben N. 396. p. 254) obligavimus .. ut ipse teneat dicta bona nomine feudi, quod vulgariter

Digitized by Google

daß man beide in dem hier vorgeſchlagenen Sinne einander entgegengeſetzt habe.

a) Wurde ein Gegenſtand pfandweiſe zu Lehn gegeben[407]), ſo bildete die Satzung das die Belehnung veranlaſſende Geſchäft. Wie die causa infeudationis in einem Kaufe, namentlich in einem Kaufe auf Wiederkauf beſtehen konnte, ſo auch in einer Verpfändung, indem der Eigenthümer gegen Empfang einer Geldſumme unter Vorbehalt des Einlöſungsrechtes ſeine Sache als Lehn hingab. Das durch die Belehnung begründete Rechtsverhältniß erſcheint als ein gewöhnliches Lehnsverhältniß. Außer den Gründen, welche die Auflöſung eines jeden Lehnsverhältniſſes bewirkten, konnte dieſelbe auch durch Einlöſung des Pfandes herbeigeführt werden. Das Pfandlehn iſt von dem auf Treue geliehenen Lehn ſo zu unterſcheiden, wie überhaupt die Satzung von dem Kaufe auf Wiederkauf.

b) Wurde ein Gegenſtand lehnweiſe verpfändet[408]), ſo entſtand ein Satzungsverhältniß, alſo ein allodiales Rechtsverhältniß, aber dem Pfandbeſitzer wurden die Pflichten auferlegt, welche

---

dicitur pfantlehen. Urk. 1456. (daſ. p. 253) in pfandslehensweise zu gebrauchen.

Ueber Lehnspfand vgl. Schwäb. Lehnr. 96. von lehen satzunge; Urk. bei Homeyer a. a. O. 349. jure feodalis pignoris.

407) Nur von dieſem Falle des Pfandlehns handelt Dernburg I. 498. Beiſpiele: Urk. 1166. (bei Kind l. c. p. 260), 1270. (Boehmer Princ. jur. feud. App. XI). Urk. 1250. (Wenck Heſſ. Geſch. I. Nr. 27). Ditherus ... Herbordo ... pro hiis denariis obligavimus decimam nostram .. ita ut ipse et sui legitimi heredes a nobis et nostris successoribus *possideant jure feodali*, ea conditione quod tamdiu possidere debeant, donec eidem et suis heredibus dederimus pecuniam nominatam. Receptis a nobis denariis premissis idem H. et sui heredes cum consilio nostro pro eisdem denariis alia bona comparabunt, que a nobis et nostris successoribus in perpetuo feodali jure tenentur possidere. Urk. 1283. (daſ. I. Nr. 72), worüber Homeyer a. a. O. 348.

408) Urk. 1329. (Wenck Heſſ. Geſch. II. Nr. 309): und was ich und myn erben des vorg. guts und gülte, diwile es unser pfande ist, genyessen, das lyhet uns unser vorg. herr zu rechtem lehen und sollen wir ime ... darumb verpunden sin, als ein mann sime herrn von recht schuldig ist, als lang wir es innehan.

Digitized by Google

dem Lehnsmann obliegen. Hierdurch ergab sich eine Modifikation der Rechte und Pflichten des Pfandbesitzers. Er mußte dem Pfandeigner treu, hold und zum Dienste gewärtig sein, wie ein Lehnsmann dem Herrn; er war in den Verfügungen, welche sonst dem Pfandbesitzer freistanden, namentlich in der Veräußerung der Pfandschaft, beschränkt wie ein Lehnsmann. Hieraus folgt von selbst, daß der Pfandbesitzer lehnsfähig sein, wenigstens der lehnsunfähige Pfandbesitzer einen Lehnsträger stellen mußte, und daß wegen Verletzung der Lehnspflicht die Vertheilung der Pfandschaft nach Maßgabe des Lehnrechts erfolgen konnte. Auf diese durch die bedungene Lehnspflicht unmittelbar oder mittelbar bewirkte Modifikation des Pfandverhältnisses ist aber, wie es scheint, der Unterschied zwischen dem Lehnspfande und einem gewöhnlichen Pfande zu beschränken und in allen übrigen Beziehungen das Lehnrecht als unanwendbar zu erachten.

Ob im einzelnen Falle[409]) die Vertragschließenden ein Pfandlehn oder ein Lehnspfand konstituiren wollten, ist nicht immer leicht zu entscheiden. Zunächst giebt der Umstand den Ausschlag, ob die Form der Belehnung oder der allodialen Auflassung gewählt worden ist. Wo die Form der Urkunde angewendet ist, welche als Lehnbrief und als Pfandbrief angesehn werden kann, wird der Wortlaut derselben ergeben, ob der Gegenstand jure feudi oder jure pignoris besessen werden soll. Wenn auch der Wortlaut der Urkunde nicht deutlich ist, so müssen die Umstände, unter denen sie entstanden ist, entscheiden. Ein Lehnspfand wird z. B. dann anzunehmen sein, wenn ein Lehnsmann sein Lehn versetzt und der Pfandempfänger vom Lehnsherrn mit dem Satzungsrechte belehnt wird. Wie nämlich ein Leibgeding am Lehn bald so bestellt wird, daß der Lehnsherr seine Einwilligung zu der Bestellung desselben durch den Lehnsmann ertheilt, bald so, daß der Lehnsherr auf Antrag des Lehnsmannes das Leibgeding verleiht, so kommt auch die Verpfändung des Lehns bald so vor, daß der Lehnsherr zu der Satzung durch

409) Vgl. Urk. bei *Kind* l. c. p. 253, 254, bei Homeyer a. a. O. 348, 349.

den Lehnsmann seine Einwilligung giebt[410]), bald so, daß er den Pfandempfänger mit dem Satzungsrechte belehnt[411]). Der Sinn des letztern Geschäfts ist dahin zu bestimmen, daß der Pfandempfänger das Satzungsrecht als allodiales Recht, aber mit der Verpflichtung erwirbt, die Lehnspflichten anstatt des Verpfänders zu erfüllen.

Was nun die Aussprüche der Rechtsbücher, namentlich des Sächsischen Lehnrechts betrifft, so behandeln dieselben nur einzelne der oben unterschiedenen Fälle.

Art. 55. §. 6: gut mach die herre setten sunder manscap enen manne, könnte dahin verstanden werden, daß der Lehnsherr seinem Lehnsmann ein anderes Gut, als das Lehngut, versetzen dürfe. Da aber nicht abzusehn ist, weßhalb dieser unzweifelhafte Satz erwähnt würde, so ist an den Fall zu denken, daß der Lehnsherr dem Lehnsmann sein Lehngut versetzt, nämlich eventuell für den Fall des Erlöschens des Lehnsverhältnisses (oben 2 b), was für statthaft erklärt wird. Hieran wird die Frage geknüpft, wem das Beweisrecht zustehe, wenn der Lehnsherr beim Erlöschen des Lehnsverhältnisses das Gut zurückfordert, der bisherige Lehnsmann oder sein Landerbe aber sich auf die Satzung beruft. Der Letztere mag durch Gerichtszeugniß darthun, daß die Satzung vor Gericht geschehn sei. Ist dies nicht geschehn, so ist das Geschäft als Satzung nach sächsischem Rechte ungültig und begründet nur ein Obligationsverhältniß; daher kann der Kläger seine Verpflichtung, das Gut einzulösen, eidlich ableugnen.

---

410) Beispiele von Willbriefen in Beziehung auf Verpfändungen: Urk. 1344. (Wenck Hess. Gesch. I. Nr. 404) 1351. (das. Nr. 275), 1497. (oben N. 6).

411) Urk. 1319. bei Homeyer a. a. O. 434, Urk. 1413. bei *Riccius* de dom. pign. p. 48. daz wir zcu der saczunge unsere gunst und willen gegeben und denen von G. (den Pfandinhabern) des slosses zcu der pfandschafft bekannt und gelihen haben. Magd. Schöff. Urth. 46. bei Wasserschleben I. 179: das der lenherre den weyngarthen (dem Erwerber aus einem Tauschgeschäfte des Vasallen) nicht lyhen wolde, do her vorsaczt was und der frawen zcu eynem phande gelegin was, do hat er recht an gethan.

Digitized by Google

Art. 55. §. 7: svat aver die herre manlike liet etc. behandelt den Fall, daß ein Gut mit Vorbehalt des Einlösungsrechts zu Lehn gegeben ist, und nimmt in diesem Falle einen Kauf auf Wiederkauf, ein Lehn auf Treue an, kein Pfandlehn (oben 4 a), was §. 8 noch ausdrücklich hervorhebt: svie seget gut to sattunge gelegen, die seget unrecht. Der hierfür im Rechtsbuche angeführte Grund: wende sattunge ne mach nieman lien ist nicht zutreffend, denn von einer Belehnung, deren Gegenstand das Satzungsrecht wäre, ist nicht die Rede. Der dafür von neuern Schriftstellern substituirte Grund, daß eine auflösende Bedingung dem Wesen des Lehnsverhältnisses widerstreite[412]), wird von dem Verfasser des Sächsischen Lehnrechts 78. §. 1. als bestritten dargestellt, und die Praxis hat sich, wie die Urkunden ergeben, über dies theoretische Bedenken hinweggesetzt.

Art. 55. §. 8. endlich: sattunge ne mach nieman lien, gelegen sattunge dat n'is weder len noch sattunge behandelt nur die Frage, ob die zur Entstehung des Satzungsrechts nach sächsischem Rechte nöthige Form der gerichtlichen Auflassung durch Belehnung ersetzt werde, und verneint diese Frage, weil das allodiale Satzungsrecht nur durch die allodiale Auflassung vor dem Landgerichte entstehen könne, ebensowenig aber Lehnrecht entstehe, weil es an einem Lehnsobjekt mangele, wenn die Satzung ungültig sei. Diese Entscheidung berührt weder die Frage, ob ein in landrechtlicher Form entstandenes Satzungsrecht Gegenstand der Belehnung werden könne (oben 1 b), noch die Frage, ob bei einer in landrechtlicher Form vorgenommenen Satzung dem Pfandempfänger Lehnspflichten auferlegt werden können (oben 4 b).

Die Rechtsmittel, welche dem Pfandempfänger und dem Verpfänder zustehen, sind doppelter Art. Der Erstere verfolgt entweder sein Recht am Pfande oder er fordert von dem Verpfänder die Erfüllung der im Pfandvertrage übernommenen Verbindlichkeiten. Der Verpfänder macht entweder sein Eigenthum am Pfande geltend oder er fordert von dem Pfandempfänger

412) Homeyer a. a. O. 343. Budde Zeitschr. f. D. R. IX. 437.

Digitized by Google

die Erfüllung des Pfandvertrags. Dem Einen wie dem Andern steht also die Klage um Gut und die Klage um Schuld zu. Einer Verbindung beider Klagen steht nichts entgegen, z. B. wenn der Pfandeigner bei der Einlösung die Rückgabe seiner Sache und Schadensersatz für eine Verschlechterung derselben fordert[413]).

Die materielle Beurtheilung dieser Klagen bietet nichts Eigenthümliches dar. Dem Mobiliarpfandbesitzer steht die dingliche Klage zu, welche dem Pfandeigner nach dem Grundsatze Hand wahre Hand versagt ist; aber auch er muß sich, wenn er das Pfand einem Dritten anvertraut, an diesen halten und hat die Klage gegen einen sonstigen Besitzer des Pfandes nur dann, wenn ihm das Pfand wider seinen Willen abhanden gekommen ist[414]).

In prozessualer Hinsicht schreibt man dem Pfandbesitzer eine begünstigte Stellung zu, was den Beweis betrifft. Es wird seit Albrecht[415]) allgemein angenommen[416]), der Besitz des Pfandes bewirke eine Modifikation der allgemeinen Beweisregeln, indem der Pfandbesitzer die Existenz und Größe der Pfandforderung durch seinen Eid beweisen könne, während in der Regel der Schuldner dem Anspruche des Gläubigers durch seinen Eid entgehe. Man findet den Grund dieser Ausnahme entweder darin, daß der Beweis einer durch Faustpfand sichergestellten Forderung zwischen dem Beweise der Sachenrechte und der Forderungsrechte in der Mitte stehe[417]), oder darin, daß es die Absicht der Vertragschließenden bei der Verpfändung sei, den Pfandempfänger auch in Betreff des Beweises, nämlich gegen

413) In der von Böhlau Zeitschr. f. R. G. I. 428. mitgetheilten Bocksdorffschen Formel III. 4. fordert Kläger, der Beklagte solle ihm das husz, daz er öm in pfandis wise geantwert habe, zu losene geben, den schaden legern, hon und smocheyt vorbuszen.

414) Augsb. R. 115. (Freyberg).

415) *Albrecht* Doctr. de probat. sec. jus. Germ. medii aevi adumbratio II. §. 7. a; Gewere S. 148, S. 131.

416) Maurenbrecher D. P. R. 2. Aufl. §. 300. N. 15. Planck in Zeitschr. f. D. R. X. 241. Stobbe Vertr. 88.

417) Göschen Gosl. Stat. 501.

Digitized by Google

das Ableugnen der Schuld durch den Schuldner sicherzustellen[418]). Die eine wie die andere Motivirung setzt voraus, daß es sich beim deutschen Pfandrechte um die Sicherstellung eines Gläubigers handele. Muß diese Voraussetzung aufgegeben werden, wie im Obigen nachgewiesen ist, so entsteht die Frage, wie von der hier verfochtenen Auffassung aus das Beweisrecht des Pfandbesitzers anzusehen sei. Um diese Frage zu beantworten, soll eine Uebersicht der beim Pfandverhältniß vorkommenden Beweisregeln vorangeschickt werden.

I. Der Pfandempfänger beruft sich auf sein Pfandrecht.

1) Wenn er sich nicht im Besitze des Pfandes befindet und

a) gegen den Verpfänder auf Erfüllung des Pfandvertrags durch Uebergabe oder Auflassung des Pfandes klagt, so wird er in Betreff des Beweises beurtheilt, wie der Käufer bei der Klage auf Erfüllung des Kaufvertrags[419]). Klagt er aber

b) gegen den dritten Besitzer des ihm übergebenen Pfandes, so wird er in Betreff des Beweises wie der Eigenthümer behandelt.

2) Befindet sich der Pfandempfänger im Besitze des Pfandes und tritt er

A) als Kläger auf, indem er das ihm neben dem Pfandrechte gegen den Verpfänder zustehende Forderungsrecht verfolgt, so ist

a) der Kläger näher zum Beweise, wenn er seine Befriedigung lediglich aus dem Pfande sucht; falls er beweist oder unbestritten feststeht, daß die Sache ihm verpfändet ist, so kann er durch seinen Alleineid darthun, für welche Schuld sie verpfändet ist und wie viel diese Schuld beträgt[420]). Dagegen ist

b) der Beklagte näher zum Beweise, wenn Kläger Zahlung des durch das Pfand nicht gedeckten Mehrbetrags der Schuld

418) Hänel Beweissystem 118.

419) Hierüber vgl. Stobbe a. a. O. 62 ff.

420) Prager Schöff. Urth. bei Stobbe a. a. O. 91: potius actor debet denarios suos in wadio suo juramento obtinere, quam reus pro denariis quos negat debet facere juramentum. Goslar. R. 68, 11, zu welcher Stelle Göschen 501 mit Recht bemerkt, sie setze voraus, daß die Qualität der Sache als Pfand unbestritten sei.

Digitized by Google

verlangt; der Beklagte kann der Verurtheilung durch ſeinen Eid entgehen[421]).

B) Wird der Pfandbeſitzer beklagt und verweigert er die Herausgabe des Pfandes wegen ſeines Pfandrechts bis zur Einlöſung, ſo iſt

a) der Beklagte näher zum Beweiſe, falls er behauptet, daß Kläger ihm die Sache verpfändet habe, Kläger dagegen die Verpfändung leugnet; Beklagter erbringt dieſen Beweis bei Mobiliarpfändern, indem er ſelbdritt ſchwört, bei Immobiliarpfändern wenigſtens nach ſächſiſchem Rechte, welches gerichtliche Auflaſſung fordert, durch das Gerichtszeugniß[422]).

b) Behauptet dagegen der Beklagte, daß ihm die Sache von einem Dritten verpfändet ſei, ſo muß er ſeinen Geweren nennen, gegen welchen nunmehr das Verfahren ſich richtet[423]). Der Beklagte ſchützt aber ſeinen Beſitz bis zur Einlöſung durch ſeinen Alleineid ohne Nennung des Geweren beim Immobiliarpfande, wenn ihm die rechte Gewere zuſteht[424]), beim Mobiliarpfande, wenn Kläger nicht behauptet, daß die Sache ihm wider ſeinen Willen abhanden gekommen ſei[425]), oder wenn der beklagte Pfandbeſitzer ein Jude iſt[426]).

---

421) Verm. Sſp. III. 17, 13. Lihet ein jude eim christen gelt uff pfant oder ane pfant und gelobet im selber (der Chriſt) ... spricht der cristen, ich bin ym nicht schuldic, dez entget er im mit sime eide ... Nicht entgegen ſteht Goſl. R. 68, 14, woſelbſt unter bereden (d. h. bereiden) nicht die Zahlung des Defekts durch den Schuldner, ſondern die Befriedigung aus dem Pfande zu verſtehen iſt.

422) Nach Analogie des Kaufes. Sſp. III. 4. §. 1. Richtſt. Ldr. 13. §. 1. Sſp. I. 8. §. 1.

423) Nach Analogie des Kaufs. So auch Planck a. a. O. 259.

424) Die Anwendung dieſer bei der rechten Gewere überhaupt geltenden Beweisregel auf die Pfandgewere ergiebt ſich aus der Eidesformel im Goslar. R. 25, 33: dat ik dit eghen *oder dit ghelt oder wat he an deme gude hevet, dat scal he benömen*, hebbe in mine were gebracht mit richtern etc.

425) Lüb. R. (Hach) II. 157, III. 56. Mer hevet he en pant, dat men nicht duflike oder roves an ne sprekt, de dat unter sic hevet de beholt et mit sineme edhe, und also vele alse he beholt up den hileghen, also vele schal he hebben. Vgl. die Note 136. angeführten Stellen.

426) Vgl. Note 146 bis 148.

Digitized by Google

II. Der Verpfänder beruft sich auf sein Eigenthum am Pfande oder auf seine Rechte aus dem Pfandvertrage. Klagt er

1) auf Rückgabe des Pfandes und der Beklagte behauptet

a) er besitze die Sache nicht, so entgeht derselbe der Klage durch seinen Eid, wenn der Kläger den Besitz der Sache nicht durch den Augenschein nachweist[427]).

b) Wenn Beklagter den Besitz zugiebt, aber bestreitet, daß die Sache ihm verpfändet sei, indem er ein anderes Recht daran zu haben behauptet, — es würde zur Abwendung der Klage nicht genügen, daß er unter Einräumung der Verpfändung nur das Eigenthum des Verpfänders bestritte —, so ist Kläger näher zum Beweise[428]) und führt den Beweis bei Mobiliarpfändern, indem er selbdritt schwört, bei Immobiliarpfändern wenigstens nach sächsischem Rechte durch das Gerichtszeugniß[429]).

c) Wenn Beklagter den Besitz und die Verpfändung zugiebt, aber bestreitet, daß Kläger überhaupt oder in genügender Weise das Pfand eingelöst habe, so ist Beklagter näher zum Beweise sowohl der Pfandsumme als der Bedingungen, unter welchen die Einlösung stattfinden soll[430]). Behauptet aber Kläger, das geleistet zu haben, was Beklagter verlangt, so ist er näher zum Beweise der Zahlung und erbringt denselben, indem er selbdritt schwört[431]).

2) Klagt der Verpfänder auf Schadenserſatz wegen des

---

427) Ssp. I. 15. §. 2. Richtst. Ldr. 16. Blume des Magd. R. II. 7. (Homeyer Richtst. 352) daz gut, daz man undir einem anspricht nach totir hant und daz man undir im liplichin beweisin mag, als ob iz czu pfande gesatzt were ... daz muz der erbname vor antwortin an unscholt.

428) Ssp. I. 15. §. 1. Blume des Magd. R. II. 4. (Homeyer Richtst. 352) daz gut sy varende odir unvarende.

429) Ssp. I. 15. §. 1; I. 8. §. 1.

430) Verm. Ssp. III. 14, 8; III. 17, 9, auch 23, 26. Weitere Belege bei Stobbe a. a. O. S. 92.

431) Verm. Ssp. III. 17, 26. spricht aber der cristen, er hette ym vorgolden, daz muste der cristen beweisen alz vorgolten schult. München. R. 433. ez mug dann jener 2 gehaben, die mit im sweren, daz in daz warz wizzent sy, daz er sein pfant erledigt hab.

Digitized by Google

Verlustes oder einer Beschädigung des Pfandes, so ist der Beklagte näher, der Klage durch seinen Eid zu entgehen[432]).

Vergleicht man diese einzelnen Entscheidungen mit dem allgemeinen Grundsatze, daß in Obligationsverhältnissen der Beklagte das Beweisrecht hat und durch seinen alleinigen Eid der Verurtheilung entgehen kann, bei Sachenrechten aber das Beweisrecht des Klägers eintritt, welcher mit Gezeugen schwört, so ergiebt sich vollständige Uebereinstimmung der Spezialentscheidungen mit den Grundregeln. Es ist nur zu beachten, daß es sich bald um Geltendmachung des Rechts an der Sache, bald um Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Pfandvertrage, bald um Geltendmachung des mit dem Pfandrechte möglicherweise verbundenen Forderungsrechts auf Zahlung der Pfandsumme handelt, und ferner, daß da, wo dem Kläger zugleich ein sachlicher und ein obligatorischer Anspruch zusteht, wie z. B. dem Verpfänder im Falle der Einlösung, sein Beweisrecht nach der für ihn vortheilhafteren Klage bemessen wird.

Wo es sich um Geltendmachung des Rechts am Pfande handelt, sei es des Pfandrechts (angriffsweise I. 1. b. oder vertheidigungsweise I. 2. B. a) oder des Eigenthums (II. 1. a. und b), ist derjenige, welcher den sachenrechtlichen Anspruch erhebt, näher zum Beweise und beweist mit Gezeugen.

Wo es sich um Erfüllung des Pfandvertrags handelt, mag der Pfandempfänger (I. 1. a) oder der Verpfänder (II. 2) sie fordern, ist der Schuldner näher zum Beweise und beweist durch seinen Alleineid. Unter diesem Gesichtspunkt erklären sich auch die Entscheidungen I. 2. B. b. und II. 1. c. Die dingliche Klage des Eigenthümers findet im ersten Falle nicht statt, da ihr die rechte Gewere oder der Grundsatz Hand wahre Hand entgegensteht; im zweiten Falle ist sie zwar begründet, aber ebenso auch die Einrede, daß die Sache dem Beklagten verpfändet sei. Es kann also in beiden Fällen der Verpfänder nur mit der Klage aus dem Pfandvertrage auf Rückgabe des Pfandes im Falle der Einlösung durchdringen. Bei dieser Klage aber ist der Schuldner

432) Ssp. III. 5. §. 5. Berm. Ssp. III. 17, 18. Bayr. L. R. 226.

Digitized by Google

der Regel gemäß näher zu beschwören, daß der Fall nicht vorliege, in welchem er zur Rückgabe des Pfandes verbunden sei.

Wo es sich um Geltendmachung des Rechts auf Zahlung der Pfandsumme handelt, welches dem Pfandempfänger neben dem Pfandrechte zusteht, tritt allerdings gegen die Regel das Beweisrecht des Gläubigers ein, welcher mit seinem Alleineide beweist (I. 2. A. a). Dies beruht aber nicht auf dem Pfandrechte, sondern auf der prozessualen Lage des Gläubigers. Er befindet sich in gleicher Lage, wie derjenige Gläubiger, dem im Exekutionsverfahren das genommene Pfand ausgehändigt worden ist[433]). Ein solcher Gläubiger erscheint, soweit es im Exekutionsverfahren noch zu einem Streite über die eingeklagte Forderung kommen kann, als näher zum Eide, während vorher der Schuldner näher war, die Schuld eidlich abzuleugnen[434]). Die Parteirolle erscheint nun umgekehrt, indem der Beklagte als Kläger auftritt, wenn er das dem Kläger bereits übergebene Pfand zurückfordert. In derselben vortheilhaften Lage befindet sich der Gläubiger, welcher eine Pfändung nicht zu veranlassen braucht, da er ohnehin ein Pfand in Händen hat. Daß der Besitz einer Sache des Schuldners, nicht aber das Pfandrecht diesen Vortheil gewährt, ergiebt sich daraus, daß in derselben günstigen Lage auch derjenige Gläubiger sich befindet, welcher eine ihm nicht verpfändete Sache des Schuldners retinirt[435]). Dieser Vorzug im Beweisrechte erstreckt sich nur insoweit, als der Gläubiger seine Befriedigung aus der in seinem Besitze befindlichen Sache des Schuldners sucht, er tritt nicht ein, sobald der Gläubiger den dadurch nicht gedeckten Ueberschuß seiner Forderung von dem Schuldner fordert (I. 2. A. b).

Die bisher behauptete Irregularität der Behandlung des Pfandrechts in Ansehung des Beweises verschwindet mithin, wenn man von der hier vertheidigten Auffassung des Pfandrechts ausgeht. Es ergiebt sich hieraus eine nicht zu unterschätzende Bestätigung dieser Auffassung.

433) Oben N. 77.
434) Albrecht Gew. N. 272. Planck a. a. O. 242. Nr. 1.
435) Vgl. oben N. 127.

Auch im Uebrigen ist das Verfahren bei Klagen wegen Pfandes das gewöhnliche. Nur tritt in einigen Rechtsquellen, namentlich Stadtrechten, das Bestreben hervor, die ungesäumte Rückgabe eingelöster Pfänder dadurch zu befördern, daß dem Schuldner sonst gewährte Vergünstigungen ausgeschlossen werden. Der Zweck solcher Bestimmungen scheint darin zu bestehen, das Anschwellen der Zinsen zu verhindern. Hierauf beruht es, daß nach Ulmer Recht der Pfandbesitzer, welcher das Pfand zurückgeben soll, nicht wie gewöhnlich dreimal, sondern nur einmal geladen wird, falls die Pfandsumme Zinsen trägt[436]). Nach Goslarschem Rechte darf der Pfandbesitzer, welcher die Einlösung nicht zulassen will, nicht innesitzen[437]), und wird der Eid, welcher zum Zweck der Einlösung zu schwören ist, ausnahmsweise auch an gebundenen Tagen zugelassen[438]). Gästen versetzte Pfänder sollen nach dem Rechtsbuche nach Distinktionen nicht aus dem Gerichtsbezirke gebracht, sondern zur Sicherstellung der Einlösung einem im Bezirk ansässigen, vom Pfandempfänger zu wählenden, aber vom Gericht zu ernennenden vormund anvertraut werden[439]).

Die Beendigung des Pfandrechts wird durch diejenigen Gründe herbeigeführt, welche die Vertragschließenden im Pfandvertrage festgesetzt haben. Man findet die Festsetzung einer auflösenden Bedingung[440]) oder eines bestimmten oder unbestimmten

436) Ulm. R. §. 22. (Gengler St. R. 504).

437) Goslar. R. 68, 1.

438) Goslar. R. 80, 9. Verändert in Verm. Ssp. III. 14, 5.

439) Verm. Ssp III. 14, 9. Vgl. oben N. 233.

440) Verm. Ssp. I. 30, 1: wer sin gud .. seczt .. also bescheydelich „wen des nicht en wer, daz es widder uf on fiele“ unde sterbet he, er is om ledigk wert, den anefal erbet her uf den nesten. Z. B. Urk. 1292. (Lünig Cod. Germ. dipl. I. 971), worin bei der Verpfändung wegen Rückzahlung eines vorausbezahlten Brautschatzes bedungen wird: quae tamen impignoratio seu obligatio evanescet et penitus dissolvetur, nuptiis inter nostrum filium et ipsius regis filiam celebratis; Urk. 1337. (daf. 1023), worin bei der Verpfändung wegen eines rückständigen Brautschatzes mit Rücksicht auf den Rückfall desselben bestimmt wird: si ... liberis masculis post

Digitized by Google

Endtermins[441]). Ob beim Eintritt deſſelben das Pfand gegen Rückgabe des Pfandſchillings oder unentgeldlich zurückgegeben werden ſoll, hängt von dem Inhalte des Vertrags ab. Insbeſondere kommt ein der Dauer nach beſchränktes Satzungsrecht unter dem Namen Todſate (Todſatzung) vor. Dieſen Namen führt in Deutſchland nicht dasjenige Geſchäft, welches im ältern engliſchen und franzöſiſchen Rechte unter dem Namen pignus (vadium) mortuum, mort-gage vorkommt und darin beſteht, daß die Nutzungen des verpfändeten Gegenſtandes dem Pfandbeſitzer zufließen, ohne auf die Pfandſumme abgerechnet zu werden[442]). Vielmehr wird gerade das Pfandgeſchäft, welches man dieſem unter dem Namen vadium vivum, vif-gage entgegenſetzt, und welches darin beſteht, daß die Pfandſumme durch die Pfandnutzungen abgetragen wird, in Deutſchland Todſate, Todſchlag, Todbau genannt[443]). Dort wird das Pfand pignus mortuum genannt, weil es für den Eigenthümer unfruchtbar, wie todt erſcheint; hier wird die Satzung Todſate genannt, weil dadurch die Schuld oder der Schuldbrief des Verpfänders getödtet, abgethan wird[444]). Ein Pfand dieſer Art iſt gemeint, wenn ſprichwörtlich geſagt wird: es iſt ein gutes Pfand, das ſeinen

---

nos non relictis decesserimus, civitas Z. (die Pfänder) libere devolventur: si vero liberos masculos habuerimus, ... sub modo pristini pignoris remanebunt.

441) Z. B. Urk. 1395. (Senkenberg oben S. 9. N. 17. Adj. II. p. 74) wann ader welche zyt wir Ph. ... abe geen von tods wegin, so sal daz egen vierterle an dem schlosse O., als uns unszre nefen .. versatzt han, en und iren erben ledig und lois werden und verfallen sin, und sollen die 500 fl. dan auch qwyd ledig und lois sin und der brieff auch dan tot sin und keine macht mer han.

442) Vgl. *Schilter* Exerc. XXXIII. §. 5. Phillips D. P. R. II. 81. *Du Cange* ed Henschel V. 251. s. v. pignus mortuum. Warnkönig Franz. R. G. II. 596. Gundermann Engl. P. R. I. 243.

443) Von Weſtphalen bezeugt Möſer Patriot. Phantaſ. (4. Aufl. 1820) II. 102. und von Hannover Hagemann in Gans Zeitſchr. für die Civ. und Crim. Rechtspflege in Hannover I. 1. (1826), daß dieſes Geſchäft unter dieſem Namen unter den Landleuten noch üblich ſei. Der Name Todſchlag entſpricht dem ebendaſelbſt vorkommenden Ausdruck Wettſchlag für Verſatz.

444) Haltaus s. v. toedten. Vgl. Note 441.

Digitized by Google

Herren löſt[445]). Die Vermuthung, daß urſprünglich jede Satzung dieſe Bedeutung gehabt habe und erſt ſeit dem vierzehnten Jahrhundert es üblich geworden ſei, die Früchte der Pfandſchaft dem Pfandbeſitzer ohne Abrechnung auf die Pfandſumme zu überlaſſen[446]), wird durch die ganze vorhergehende Ausführung widerlegt. Es iſt auch nicht glaublich, daß der Einfluß des kanoniſchen Rechts, welches die Satzung ohne Abrechnung der Früchte für ein Wuchergeſchäft erklärte, dieſe Art der Satzung veranlaßt habe[447]). Vielmehr darf man annehmen, daß die Vertragſchließenden dieſes Geſchäft dann wählten, wenn ſie daſſelbe ihrem Intereſſe angemeſſen fanden[448]). Namentlich diente daſſelbe zur Abtragung von Schulden[449]), indem man nicht die Sache ſelbſt an Zahlungsſtatt hingab, ſondern das Satzungsrecht zu dieſem Zwecke beſtellte, ſo daß das Pfand zurückzugeben und die Schuld getilgt war, ſobald der Betrag derſelben durch die bezogenen Nutzungen erreicht wurde. Nur da, wo es ausdrücklich bedungen iſt, werden die Pfandnutzungen auf die Pfandſumme abgerechnet[450]).

Wenn in dem Pfandvertrage über die Beendigung des Pfandrechts nichts verabredet iſt, ſo erliſcht daſſelbe durch diejenigen

445) Graf und Dietherr 237. Nr. 95.

446) Zöpfl R. G. 852.

447) Ueber den geringen Einfluß des Wucherverbots auf den Inhalt der Satzungsgeſchäfte vgl. Neumann Wucher 186.

448) Zahlreiche Beiſpiele haben geſammelt *Riccius* de dom. pign. p. 91 (a. 1168, 1243. u. ſ. w.), Albrecht Gew. R. 322. (a. 1182, 1333). Vgl. ferner Urk. 1320. (Lünig Cod. Germ. dipl. I. 985) wir vorsetzen ihme auch 7 grosse turnose gelts von dem zolle ..., was auch von 7 turnes den zoll und die burge zu behueten und zu bewaren und auch die burgmanne richtigunge uberbleibet, das sol uns auch an dem vorg. gelde abgehen; bey dem zoll sollen wir auch eynen knecht haben, der do sach und rechnung habe, was uns abgehe.

449) Z. B. Urk. 1295. (Baur Urk. des Kl. Arnsburg Nr. 261) dicti abbas et conventus nobis sub forma mutui concesserunt 18 marcas num. pecunie; pro quibus solvendis assignavimus ipsis loco pignoris omnes redditus nostros in B. .. ut ... pred. summam pecunie nobis concessam de predictis recipiant et quod superfluum fuerit reddent.

450) Magd. Syſt. Sch. R. III. 2, 76. Kulm. III. 106.

Digitized by Google

Gründe, aus welchen Rechte überhaupt erlöschen, namentlich durch Verzicht, welcher bei Mobilien dann angenommen wird, wenn der Pfandbesitzer gestattet, daß der Pfandeigner das Pfand wieder zu sich nehme oder durch Spezifikation verwandele[451]); ferner durch diejenigen Gründe, aus welchen alle Rechte an Sachen erlöschen, z. B. Untergang des Objekts, oder aus welchen Rechte an fremden Sachen erlöschen, z. B. Konsolidation[452]); endlich durch die der Satzung eigenthümlichen Gründe: Einlösung und Verfall des Pfandes.

Die Einlösung, deren Voraussetzungen bereits erörtert worden sind, bewirkt von selbst das Erlöschen des Pfandrechts; das verpfändete Gut ist furbas von im ledig und los. Beim Mobiliarpfande fällt durch die Einlösung die Bedingung hinweg, unter welcher die in der Verpfändung enthaltene eventuelle Veräußerung abgeschlossen ist. Beim Immobiliarpfande tritt der Wiederkauf des Satzungsrechtes ein, und wenn gleich im Allgemeinen bestritten ist, ob der Wiederkauf nach deutschem Rechte nur eine Verpflichtung zur Rückübertragung des Kaufobjekts begründe[453]) oder den Rückfall desselben von selbst bewirke[454]), so tritt doch jedenfalls bei der Satzung die letztere Wirkung ein, da Gegenstand des Wiederkaufs die im Satzungsrechte enthaltenen Befugnisse sind, welche dem Verpfänder kraft seines Eigenthums beim Erlöschen des Satzungsrechtes ohnehin zustehn, ohne daß es einer Rückübertragung bedürfte.

Der Verfall des Pfandes oder die Uebereignung desselben

451) Lüb. R. (Brokes) II. 246, III. 149: stedet de ander, dem dat gesettet is vor ein pandt, dat dat pant von der stede kumpt, dar em dat vorpandet was, edder vorwandelt werdt in ander gudt, so is dat nen pandt. Weniger deutlich bei Hach II. 146, III. 97.

452) Z. B. Urk. 1368. (Wenck Hess. Gesch. II. No. 412). Der Erzbischoff von Mainz und der Landgraf von Hessen verabreden bei Abschluß eines Bündnisses gegen den Grafen von Waldeck, falls sie das Letzterem von dem Landgrafen verpfändete Schloß W. eroberten, solle der Landgraf die Hälfte desselben als Eigenthum, der Erzbischoff die andere Hälfte als Pfandschaft besitzen. Vgl. oben N. 281.

453) Rückert (oben S. 13. N. 38) S. 122.

454) Platner (oben S. 14. N. 41) S. 156.

Digitized by Google

an den Pfandbeſitzer tritt unter den bereits erörterten Vorausſetzungen kraft des Pfandvertrages bald unmittelbar bald vermittelſt eines gerichtlichen Verfahrens ein. Er kann auch durch einen Verzicht des Verpfänders auf das Einlöſungsrecht herbeigeführt werden, welcher bei Immobiliarpfändern an die Form der Auflaſſung gebunden iſt[455]), da er eine Eigenthumsübertragung in ſich ſchließt.

§. 8.

III. Die Satzung als Anweiſung von Exekutionsgegenſtänden.

Unter dem Namen Satzung kommen Rechtsgeſchäfte vor, deren Zweck darin beſteht, einem Gläubiger wegen der künftigen Berichtigung ſeiner Forderung Sicherheit zu gewähren, nicht auf indirekte Weiſe durch Feſtſetzung und Sicherſtellung eines Pfandes, welches als Strafe verfallen ſoll, wenn der Schuldner ſeine Verbindlichkeit nicht erfüllt, ſondern auf direkte Weiſe durch Anweiſung und Sicherung eines Exekutionsgegenſtandes. Man kann dieſe Art des Pfandvertrags mit einem den Quellen[1]) nicht fremden Ausdruck als *Satzung um Schuld*, oder, da ſie ſtets ein ausdrückliches oder ſtillſchweigendes Anerkenntniß der Schuld enthält, als *Satzung um bekannte oder gichtige Schuld*[2]) bezeichnen.

Ein Geſchäft von dieſem Inhalt hat offenbar eine andere wirthſchaftliche Bedeutung, als die im vorigen Abſchnitt behandelte Art der Satzung. Es wird dadurch weder unbedingt noch bedingungsweiſe ein Werth aus dem Vermögen des Verpfänders in das Vermögen des Gläubigers übertragen. Wenn das Schuld-

455) Vgl. Platner a. a. O. S. 158. Note 145.

1) Z. B. Sächſ. Weichb. 102. Magd. Syſt. Schöff. R. III. 2, 65. Kulm. III. 100. Lüb. R. II. 24, III. 131. Frankf. Schöffenger. O. XIII. (Thomas 273). Bamberg. R. §. 13. Iglau. R. 23. (Tomaſchek 225). Prager Rsb. 23. (Rößler 108).

2) Z. B. Schöffen-Urth. 34. bei Waſſerſchleben I. 85. Magd. Fr. II. 2, 16. Weisth. I. 110, 208, 226.

Digitized by Google

verhältniß normal verlauft, indem der Schuldner seine Verpflichtung erfüllt, geht durch die Satzung nichts in das Vermögen des Gläubigers über, und wenn dies Schuldverhältniß gestört wird, indem der Schuldner nicht erfüllt, ist es wieder nicht die Satzung, sondern der Angriff im Exekutionsverfahren, wodurch ein die Schuld deckender Vermögenstheil von dem Schuldner auf den Gläubiger übertragen wird. Es kann daher bei diesem Geschäfte von einem Austausche von Werthen keine Rede sein, am Wenigsten dann, wenn für eine schon früher entstandene Schuld ein Pfand gesetzt wird.

Bei der wirthschaftlichen Verschiedenheit beider Geschäfte ist es von vorn herein unwahrscheinlich, daß durch sie ein gleichartiges Rechtsverhältniß entstand. Gleichwohl wird dies von der herrschenden Meinung angenommen. Die s. g. ältere und neuere Satzung soll ein und dasselbe Rechtsinstitut, und ein Unterschied zwischen beiden nur in Nebenpunkten dadurch begründet sein, daß bei der neuern Satzung das Pfand im Besitze des Verpfänders blieb, während der Uebergang des Besitzes auf den Pfandnehmer zum Wesen der ältern Satzung gehörte.

Es beruht vielmehr die Satzung um Schuld auf einem Grundgedanken, welcher den bisher besprochenen Arten der Satzung gänzlich fremd ist: sie gewährt dem Gläubiger zur Sicherstellung seiner Forderung an einem Gegenstande diejenigen Rechte, welche er gehabt haben würde, wenn dieser Gegenstand für ihn im Exekutionswege als Pfand genommen worden wäre.

Daß die Satzung um Schuld sich im Anschlusse an das Exekutionsverfahren entwickelte, ist leicht erklärlich. Wenn in dem vom Gläubiger gegen den Schuldner anhängig gemachten Rechtsstreite nach erfolgter Verurtheilung und Einleitung des Exekutionsverfahrens der Schuldner dem zur Pfändung bei ihm erschienenen Kläger oder Fronboten freiwillig ein Pfand gab, anstatt sich ein solches nehmen zu lassen [3]), oder wenn er nach

3) Z. B. Bamberg. R. §. 120.

Digitized by Google

erfolgter Verurtheilung durch freiwillige Pfandsetzung der Einleitung des Exekutionsverfahrens zuvorkam [4]), oder wenn er es nicht zu einer Verurtheilung kommen ließ, indem er nach Erhebung der Klage sich alsbald schuldig bekannte und dem Kläger ein Pfand setzte, womit er sich begnügte oder begnügen mußte [5]): so konnte es in allen diesen Fällen nicht zweifelhaft sein, daß die Absicht der Vertragschließenden dahin gerichtet war, das gegebene Pfand solle die Stelle des genommenen vertreten und wie letzteres behandelt werden. Es lag nahe, dasselbe auch dann anzunehmen, wenn der Schuldner es nicht zur Klage kommen ließ, sondern dem Rechtsstreit dadurch vorbeugte, daß er dem Gläubiger sich schuldig bekannte und ihm ein Pfand setzte, oder wenn schon bei Begründung des Schuldverhältnisses mit dem Schuldbekenntniß eine Pfandverschreibung verbunden wurde. Wie dem einfachen Schuldbekenntniß, welches außerhalb des Prozesses zur Begründung einer neuen oder zum Anerkenntniß einer bestehenden Schuld vor Gericht oder einer dem Gericht gleichgeachteten Behörde abgelegt wurde, in Betreff der darauf zu gründenden Exekution gleiche Wirkung zukam, wie dem Bekenntniß im Prozesse [6]), so schrieb man auch der mit jenem Schuldbekenntniß verbundenen Pfandsetzung gleiche Wirkungen zu, als wenn sie im Laufe des Prozesses geschehen wäre. Das gerichtliche Schuldbekenntniß, mit welchem eine Satzung für die Schuld verbunden war, galt nicht allein als exekutiv, sondern es galt auch die Exekution als durch die Satzung anstatt der Pfandnahme bereits eingeleitet.

Dieser Auffassung entsprechen die Ausdrücke, mit welchen man die Satzung um Schuld bezeichnete. Das pfand setzen, verpfenden [7]), verkommern [8]) von Seiten des Schuldners entspricht

4) Z. B. Schwerin. R. 1235. (Meckl. Urk. B. I. 344) Art. 25: si quis debitor coram judicio monitus solvere nequiens domum suam creditori deponet .... Verm. Sſp. III. 14, 1. 2.

5) Z. B. Hamb. R. 1270. IX. 19. Lüb. R. III. 370. Magd. Fr. II. 2, 13 bis 16.

6) Vgl. oben S. 47 ff.

7) Bald sagte man, eine Sache wegen der Schuld verpfänden, z. B. Magd. Fr. II. 2, 14, bald den Gläubiger verpfänden, d. i. mit Pfändern

dem pfand nemen, pfenden, kommern von Seiten des Gerichts; Pfändung und Verpfändung, Besate und Sate, Kommer und Verkommerung erzeugen gleiche rechtliche Wirkung. Wie vom Richter, welcher die Exekution oder den Arrest gegen ein Gut des Schuldners verhängte, gesagt wurde, er weise den Gläubiger an (auf, in, zu) des Schuldners Gut [9]), so sagte man von dem Schuldner, welcher sein Gut wegen seiner Schuld verpfändete, er weise den Gläubiger an sein Gut oder er weise sein Gut dem Gläubiger an [10]), nämlich als Exekutionsobjekt. Von dem Gläubiger, welcher sich solchergestalt auf das Gut des Schuldners angewiesen sah, sagte man respectum habet [11]), er hat die Aussicht, demnächst aus diesem Gute als Exekutionsgegenstande befriedigt zu werden.

Es fehlt nicht an Beispielen von Pfandverträgen, in welchen

---

versehen, z. B. Schwsp. 305, Oefn. von Dachsen (Weisth. I. 110), bald die Schuld verpfänden, z. B. Lüb. R. IV. 97. de bekennede schult vorpanden. Nebeneinander nennt Brem. Stat. 1433. Art. 106. (Oelrichs 496) verkopen, versetten, verpanden, vergeven. Zuweilen hat verpfenden die Bedeutung von pfänden, z. B. Bayr. L. R. 272, 273. (Freyberg IV. 478), oder die Bedeutung als Pfand erwerben, z. B. Urk. 1361 und 1396. (oben §. 7. Note 8).

8) Sehr häufig wird das Verkommern neben dem Versetzen erwähnt, was eher auf die verschiedenen Arten der Satzung zu beziehen, als für eine Tautologie zu erklären ist. Vgl. Haltaus s. v. verkummern. Verm. Sfp. II. 4, 18, III. 14, 7. Magd. Syst. Schöff. R. IV. 2, 46. 47. Magd. Fr. I. 12, 8. Schöffen-Urth. bei Wasserschleben I. 157. Augsb. R. (Freyberg) 135. Münch. R. 191. In Urk. 1329. (Boehmer Cod. dipl. Moenofranc. I. 498) gestattet K. Ludwig die Einlösung der Güter, die verchumbert, versetzet oder auf einen widerchauf verchauffet sint.

9) Z. B. Hamb. R. 1270. I. 15, Gl. zu Sächs. Weichb. 27. (Daniels und Gruben 317). Von beweisen im Sinne von Einweisung in den Besitz ist hier nicht die Rede.

10) Z. B. Lüb. R. II. 146, wo einige Texte vorpandet, andere ghewiset lesen. Urk. 1467. bei Michelsen Oberhof Nr. 116. vorwisset und vorpandet Urk. 1357 bei Baur Arnsburg. Urk. B. 522 bewiset uf soliche underpande.

11) Z. B. Wismar. Stadtbuch-Inskr. bei Burmeister 33. Vgl. Arnold Eig. 128. Beachtung verdient es, daß auch die anwardinghe oder der anvall, welcher aus einer Vergabung von Todes wegen hervorging, respectus (hereditarius) genannt wird. Pauli Abh. III. 187.

Digitized by Google

die Vertragschließenden ausdrücklich die Absicht erklären, ein Pfand mit der Wirkung einer gerichtlichen Pfandnahme zu setzen. In einer zwischen das Jahr 1261 und 1270 fallenden Rostocker Stadtbuch-Inskription (ungedr.) heißt es:

Sophia vidua Tidemanni M. et pueri sui et tutores ipsorum ... posuerunt hereditatem Tidemanni M. Petro de B. pro 8 marcis, Conrado de R. pro 13 marcis et 6 sol. (folgen weitere Gläubiger). Hanc hereditatem Sophia inhabitabit et negotiabitur cum paratis bonis ad usus suos et virorum praescriptorum usque in pascham proximam. Et arbitrata est Domina, quod post pascham viros praescriptos non impediet in hereditate vendenda, sed adeo ratum est, *ac si coram judicio omnis causa sit executa* [11a]). Et si quod deest in solutione, cum hereditas vendita fuerit, domina adimplebit.

Eine andere Inskription desselben Stadtbuchs von 1269 lautet: Johannes S. posuit Godeconi in Palude hereditatem suam pro 13 marc. den. ... et arbitratus est Johannes S., quod ita ratum est, *ac si Godeco coram judicio hanc causam fuerit assecutus.*

Ebenso in einer Lübecker Niederstadtbuch-Inskription von 1327 [12]): Johannes ... tenetur Wulfrado in 25 marc. den. ... pro quibus sibi suos promones .... coram Cons. impignoravit *ea condicione, ac si essent prosecuti coram judicio pleno jure.*

Gleiche Bedeutung hat die Vertragsklausel, das Pfand werde pro pignore prosecuto gesetzt, z. B. in einer Inskription des Rostocker Stadtbuches von 1328 (ungedr.):

G. ..... recognovit, se teneri obligatum Arnoldo C. in 200 marcis den. Rost., pro quibus *posuit sibi pro pignore prosecuto* hereditatem suam et domum allecum et omnia bona sua mobilia et immobilia, ubicunque se habere digno-

11a) Da der gerichtliche Pfandverkauf dem deutschen Rechte fremd war (vgl. S. 92, 124), so ist es nicht zulässig, diese Worte von der Gestattung des außergerichtlichen Verkaufs des Pfandes zu verstehen, wie im Meckl. Urk. Buch II. 222 geschieht.

12) Pauli Lüb. Zustände S. 222.

Digitized by Google

scitur, et se ipsum vivo corpore si necesse est, cum omni justicia prosecuturum.

Der Ausdruck: dem Pfande folgen, pignus prosequi, erklärt sich aus dem oben dargestellten Arrestverfahren [13]). Die freiwillige Verkommerung soll dieselbe Wirkung haben, als ob der verpfändete Gegenstand vermittelst eines gehörig verfolgten Arrests gerichtlich bekommert worden wäre.

Dieselbe Klausel begegnet in der Wendung, das verpfändete Grundstück könne für ein varend verrechtfertiget verstanden pfand angegriffen werden [14]), denn das verrechtete oder verrechtfertigte Pfand ist das im Exekutions- oder Arrestverfahren vom Gericht genommene [15]).

Die Gleichstellung des gesetzten und genommenen Pfandes tritt bei der Satzung um Schuld auch dann ein, wenn die Vertragschließenden dem Pfandvertrage eine ihre deßhalbige Absicht außer Zweifel setzende Klausel nicht beigefügt haben. In den Rechtsquellen, welche sich mit dieser Art von Satzung beschäftigen, ist jene Gleichstellung überall in materieller und prozessualer Hinsicht durchgeführt, ohne daß die Einrückung der Klausel irgendwo als Voraussetzung erwähnt wäre. Ehe die Sätze dargestellt werden, welche sich daraus ergeben, ist zuvor ein Blick auf die Rechtsquellen selbst zu werfen.

Die Satzung um Schuld in der Bedeutung eines Konventionalarrestes entwickelte sich zu der Zeit und an den Orten, wo das Institut des Arrestes überhaupt aufkam. In den Städten, zumal in den großen Handelsstädten, empfand man das Bedürfniß, zur Vergrößerung des Kapitals, welches gewinnbringend im Gewerbe oder Handel angelegt werden konnte, auch das Grundeigenthum heranzuziehen. Man suchte und fand Geschäftsformen, welche es ermöglichten, den Kredit, welchen das Grundeigenthum gewährte,

13) Vgl. S. 170, auch S. 53. N. 63.

14) Urk. 1466. bei Haltaus s. v. farend pfand. Ueber die Bedeutung der Bestimmung, daß das verpfändete Grundstück für ein varend pfand angesehn werden solle, s. unten Note 76.

15) Vgl. §. 2. Note 354.

Digitized by Google

auszubeuten, ohne sich des letztern zu entäußern. Ein Geschäft, welches den Kapitalsuchenden im Besitz und Gebrauch des Grundeigenthums beließ, das die Grundlage seines Kredits bildete, mußte den schwerfälligeren Geschäften des Verkaufs auf Wiederkauf und des Verkaufs zu Weddeschatt vorgezogen werden. Die Störungen in dem Gewerbe oder der Hauswirthschaft, welche diese Geschäfte erzeugten, wenn etwa das Wohnhaus, der Waarenspeicher, die zum Hause gehörigen Aecker in den Besitz eines Käufers oder Pfandnehmers übergingen, und welche besonders bei öfterem Wechsel von Aufnahme und Abtragung von Kapitalien sich fühlbar machen mußten, wurden durch das neuere Geschäft vermieden. Ebenso die Unterbrechung der Ausübung der durch Grundbesitz bedingten öffentlichen Rechte. Es wurde durch das neue Geschäft ermöglicht, mehrere Kapitalien von verschiedenen Gläubigern auf dasselbe Grundstück aufzunehmen, ohne daß die Gläubiger das Geschäft gesammter Hand unternahmen. Diese und ähnliche Vortheile waren ohne Zweifel die Ursache, daß die neue Art der Satzung, zuerst im 13. Jahrhundert, vorzugsweise in den großen Handelsplätzen in lebhaften Gebrauch kam. Daher sind die Stadtrechte des dreizehnten, besonders aber des vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts die Hauptquelle für das Institut der Satzung um Schuld.

Eine hervorragende Stelle unter diesen Quellen nimmt das Lübische[16]) und Hamburger[17]) Recht nebst deren Tochterrechten[18]) ein. Von dem Magdeburgischen Rechte kommen weniger die ältern Aufzeichnungen des Stadtrechts[19]), als die

16) Lüb. R. II. 146. 147, III. 97, 223. Fälle von 1286 an bei Pauli Abh. I. 105.

17) Hamb. R. 1270. I. 7, 11, 14, 15; VII. 3; IX. 19. Fälle seit 1248 im Liber actorum coram Cons. in Zeitschr. des Vereins für Hamb. Geschichte I. 332 ff.

18) Stade. R. I. 10. (Pufendorf App. I. 174). Fälle von 1250 an aus dem Wismarschen Stadtbuche bei Burmeister Alterth. des Wism. St. R. 1838. S. 33. und Meckl. Urk. B. I. 610. Das Rostocker Stadtbuch enthält Fälle, die bis in den Zeitraum von 1261 bis 1270 zurückreichen.

19) Sächs. Weichb. 102. Glogau. R. 154.

Digitized by Google

spätern Urtheile und Rechtsbelehrungen der dortigen Schöffen [20]) in Betracht. Auch das Goslarsche Recht behandelt die Satzung um Schuld [21]). Von den übrigen Stadtrechten verdient besonders das Frankfurter Recht Erwähnung [22]). Unter den Landrechten sind diejenigen erheblich, welche zugleich das Stadtrecht behandeln oder doch unter Einfluß des Stadtrechts entstanden sind [23]).

Voraussetzung einer jeden Satzung um Schuld war ein dadurch sicherzustellendes Forderungsrecht. Da es sich nur darum handelte, die künftige Befriedigung des Gläubigers zu sichern, so konnte man auch für betagte Forderungen vor dem Eintritt des Verfalltages (geldtages) [24]), für bedingte, ja sogar für künftige [25]) Forderungen Pfänder setzen. Gewöhnlich bezog sich die Satzung auf Geldforderungen; aber auch Forderungen auf andere Leistungen konnten durch Pfand gesichert werden [26]). Die meisten bekannten Verpfändungen betreffen Darlehnsschulden; aber bei jeder Forderung ohne Unterschied des Schuldgrundes war die Satzung möglich. Erwähnenswerth ist, daß es bei Leihen und Rentenkäufen üblich war, zur Sicherung des Rechts auf die einzelnen Zins- oder Rentenleistungen Pfänder zu bestellen. Wenn

20) Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 65. 66. 67. 76. 105. Kulm. III. 100. 101. 104. 106. 138. Magd. Fr. I. 6, 8. II. 2, 9 a.

21) Gosl. R. 24. Z. 11, 27. Z. 41.

22) Frankf. Stat. 1352. c. 30. bei Senkenberg Sel. I. 29. Schöffenger.-O. IX. X. (Thomas 269). Fälle von 1278 an bei Boehmer Cod. dipl. I. 187 ff.

23) Verm. Ssp. I. 15, 1. III. 14, 1. 2. Bayr. L. R. 222. (Freyberg IV. 462). Außerhalb der Städte ist kein älterer Fall nachgewiesen, als in der Urk. 1249. bei Meichelbeck II. 2. Nr. 13, vgl. Häberlin S. 148.

24) Z. B. Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 92. Kulm. III. 123.

25) Z. B. für die Gewere der Klage. Schöff.-Urth. bei Wasserschleben I. 207, 401, 402. Hierfür mußte nach Goslar. Recht der Gast Bürgen oder Pfänder stellen, Haenel Dec. Gosl. p. 19, 30, 46, während bei Einheimischen ein slicht Gelöbniß mit Fingern und Zungen genügte, ib. p. 24, 37.

26) Urk. 1274. bei Arnold Eig. 129. Verpfändung eines Geldzinses wegen einer Kornrente. Urk. 1249. bei Meichelbeck II. 2. Nr. 13. Verpfändung eines Landguts wegen Rückgabe geliehener Kirchengeräthe. Urk. 1242. bei Baur Arnsburg. Urk. B. 443. Verpfändung einer Geldrente für einen Landsiedelzins von jährlich einem Centner Unschlitt.

Digitized by Google

bei einer Erbleihe oder ſchlechten Leihe der Leihemann mit ſeinen Leiſtungen im Rückſtande blieb und der Leiheherr deßhalb von ſeinem Privationsrechte Gebrauch machte, konnte leicht der Fall eintreten, daß er, in Ermangelung einer genügenden Beſſerung, wegen des Zinsrückſtandes nicht befriedigt wurde; daher die in Leihebriefen nicht ſelten vorkommende Beſtimmung, daß der Leihemann von dem Leiheverhältniß nicht ergriffene Gegenſtände als Pfand einſetzt[27]). Blieb der Rentenverkäufer mit der Rentenzahlung im Rückſtande und ſchritt der Rentenkäufer deßhalb zum Verkaufe des belaſteten Grundſtücks, ſo reichte möglicherweiſe der Erlös zu ſeiner Befriedigung wegen der fälligen Renten nicht hin; daher die Sitte, beim Rentenverkaufe neben dem belaſteten Grundſtück, welches in erſter Linie als Unterpfand betrachtet wurde[28]), hülfsweiſe noch ein anderes Grundſtück oder Recht oder das geſammte Vermögen zu verpfänden[29]).

Zweite Vorausſetzung war ein zur Verpfändung geeigneter Gegenſtand. Nach der herrſchenden Anſicht konnte die ſog. uenere Satzung nur bei Immobilien vorkommen[30]). Das Charakteriſtiſche derſelben, wird behauptet, habe darin beſtanden, daß der Schuldner im Beſitze des verpfändeten Gegenſtandes blieb; dies ſei beim Mobiliarpfande nicht möglich geweſen, weil es ohne Beſitz keine

27) Z. B. Urk. 1278. bei Boehmer Cod. dipl. Moenofranc. 187. Die A., welche die nona der Kirche in Tribur gegen einen Naturalzins in Erbleihe hat, verſetzt dafür eine Hufe: ut de premissa pensione nostra habundanciorem cautelam et certitudinem haberemus, nobis quendam mansum ... sub interpositione pignoris obligarunt. De quo manso, si in pred. termino fuerit a premissae pensionis solutione cessatum, juxta sententiam scabinorum Triburiensium intromittere nos debemus, pensione neglecta tunc nichilominus nobis salva. Urk. 1280. daſ. 201. Vgl. oben §. 5. Note 140.

28) Urk. 1297. bei Böhmer Cod. dipl. Moenofranc. I. 313. Urk. 1332. bei Baur Arnsburg. Urk. B. 409: Seelgerede über 6 achtel kornis eweger gulde die wir liginde han offe den veldin zu P. offe den undirpandin alse hernach gescr. stet ... Urk. 1342. daſ. 442. Urk. 1481. bei Arnold Eig. 130.

29) Urk. 1334. bei Baur a. a. O. 419, 1343. daſ. 446. Andere Beiſpiele bei Arnold Eig. 129. Heußler in Zeitſchr. für ſchweiz. R. VII. 134.

30) A. M. iſt bereits Neumann Wucher S. 196.

Digitized by Google

Gewere an Mobilien, also auch keine Pfandgewere an solchen gab. Diese Schlußfolgerung fällt zusammen, wenn es richtig ist, was unten nachgewiesen werden soll, daß die Belassung des Schuldners im Besitze des Pfandes, wenn sie auch gewöhnlich war, doch nicht zum Wesen der Satzung um Schuld gehörte, und ferner, daß diese Satzung nicht immer dem Gläubiger die Gewere des Pfandes verschaffte. Man beruft sich zum Beweise dafür, daß Satzung von Mobilien ohne Besitzübertragung nicht möglich gewesen sei, ferner auf eine Stelle des Bayrischen Landrechts[31]), in welcher gesagt ist:

antwurt man ainem pfant, daz varende hab ist, die man getreiben und getragen mag, der sol er sich underwinden und underziehen und haimen in sein gewalt; taet er dez nicht uns liezz sie jenem, der ims geantwurt hat, in seiner gewalt, und begriff sie ain andrer in seiner gewalt mit dem rechten, der mag sich derselben pfant mit dem rechten wol underwinden.

Allein hier wird die Verpfändung ohne Besitzübertragung keineswegs für wirkungslos erklärt. Im Gegentheil wird auch die in solcher Weise verpfändete Fahrniß pfant genannt. Es ist weiter nichts ausgesprochen, als daß der Pfandgläubiger, welchem Mobilien ohne Besitzübertragung verpfändet sind, demjenigen Gläubiger nachsteht, welcher dieselben später, etwa durch gerichtliche Pfändung, als Pfand in seinen Besitz bringt. Dasselbe bezeugt als altes Gewohnheitsrecht eine dem fünfzehnten Jahrhundert angehörige Züricher Rathssatzung[32]):

Ob einer verpfendt wurde[33]) und die pfandt nach unser statt recht vergantete und der die nüt zu sinen handen und in sin gewalt neme und die pfand hinder dem, der in verpfendt hat, liegen liesse, und derselb einen andern dannethin damit verpfendte und der die pfand in sinen gewalt und

31) Art. 223. (Freyberg IV. 463).

32) Bei Wyß Geschichte des Concurs-Prozesses der Stadt und Landschaft Zürich S. 38.

33) d. i. mit Pfändern befriedigt; vgl. Note 7.

gehalt rechtlich nimpt und bringt: *das derselb nachgender dem ersten vorgen sölle* ... als das unser statt bruch und recht je welten gewesen ist.

Wenn nun auch die Verpfändung von Mobilien ohne Beſitzübergabe ſelten vorkommen mochte, weil ſie dem Gläubiger nur geringe Sicherheit gewährte, ſo wird ſie doch nicht allein in den Rechtsquellen erwähnt[34]), ſondern es ſind auch Beiſpiele ſolcher Verpfändungen urkundlich nachweisbar. Es kommt vor

1) die Verpfändung von Schiffen, nicht allein die Verbodmung, deren Vorkommen durch die von den Hanſeſtädten dagegen erlaſſenen Prohibitivbeſtimmungen bewieſen wird[35]), ſondern auch die Verpfändung des Schiffes im Heimathshafen[36]). Verließ der Verpfänder denſelben mit ſeinem Schiffe und verkaufte er das Schiff an einen Dritten, ſo hörte es auf Pfand zu ſein; kehrte er aber mit dem Schiffe zurück, ſo war es nach wie vor Pfand[37]). Man könnte einwenden, von Schiffen dürfe nicht auf andere Mobilien geſchloſſen werden, weil ſie Immobilien gleichgeachtet worden ſeien[38]). Allein Schiffe gehören ihrer Natur und Beſtimmung nach zu den Pfändern, die man flotten

---

34) Lüb. R. II. 146. So we so deme anderen wat lovet uppe sin ghut, es it up erve, so is it weddeschat; sint it oc kledere oder anders welckerhande ghut, dat si dar en den anderen an wiset, so es et oc weddeschat.

35) Lüb. R. IV. 22. Franck de bodm. p. 68. Ungeachtet des Verbots im Jahr 1418 kommen 1432 in Hamburg Bodmereibriefe vor; vgl. Lappenberg Hamb. R. S. 308. und Hamb. R. 1497. P. X, XI.

36) Wismar. Stadtbuch-Juſtr. bei Burmeiſter S. 33. Roſt. Stadtbuch-Juſtr. 1283. Eyko de nova civitate posuit Joanni de B. dimidiam navem suam, quam habet cum Griphe, pro 26 marcis, ita quod nec ipsam vendere poterit nec exponere, nisi prius dicti denarii sunt persoluti. Si autem idem Eyco fidejussores dicto Johanni posuerit, quibus confidere voluerit, tunc eadem navis de libro debet deleri. Super his omnibus causa commissa est B. N., H. de S. cet. Neumann Wucher S. 197. N. 4.

37) Lüb. R. II. 147, zu erklären aus 146, III. 82.

38) Hamb. R. 1270. I. 13: erve unde scepe schal men vor deme gantsen rade vorsetten.

Digitized by Google

und fören mag[39]); wenn statutarische Bestimmungen sie in einzelnen Beziehungen wie Immobilien behandeln, so berechtigt dies nicht, sie überhaupt oder auch nur hinsichtlich der Verpfändung unter die Immobilien zu zählen.

2) Die Verpfändung eines ganzen Vermögens oder Nachlasses. Als Gegenstand derselben erscheinen die einzelnen zur Zeit der Satzung vorhandenen[40]) Vermögensstücke, da das ältere deutsche Recht weder das Vermögen Lebender noch die Erbschaft als ein Begriffsganzes von den einzelnen Bestandtheilen unterscheidet. Wo ein ganzes Vermögen verpfändet wird, darf unterstellt werden, daß der Verpfänder im Besitze bleibt; daher dienen die nicht seltenen Verpfändungen alles beweglichen und unbeweglichen Gutes[41]) zum Beweise, daß Mobilien ohne Besitzübergabe verpfändet werden konnten. Man hat auf verschiedene Weise versucht, diese Thatsache mit der herrschenden Ansicht von der sog. neuern Satzung zu vereinigen. Entweder man führt die Verpfändung des ganzen Vermögens auf die Einwirkung des römischen Rechts zurück, wofür gar kein Beweis vorhanden ist; oder man erklärt sie ebenso willkürlich für ein anomales Rechtsinstitut im Kreise des sächsischen Schöffenrechts[42]); oder man nimmt an, Mobilien hätten nur in Verbindung mit Immobilien ohne Besitzübertragung verpfändet werden können, und diese Ausnahme erkläre sich daher, daß die Gewere an Immobilien auch die darauf befindlichen Mobilien ergreife[43]). Allein abgesehn davon, daß nicht in allen Fällen der Verpfändung des ganzen Vermögens ersichtlich ist, ob zu demselben auch Immo-

39) So auch nach Hamburger Recht, vgl. Bammeister Hamb. Priv. R. I. 99. Ebenso nach Lübischem Recht; Mevius Comm. ad Jus Lub. I. 10, 6. nr. 78. Tack D. de navi oppignorata. Goett. 1776. §. I, §. XVIII.

40) Nicht später erworbene. Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 92. Kulm. III. 123.

41) Urk. 1279. bei Fürth Minist. 289. N. 1407. Rost. Stadtbuch-Inskr. 1328. (oben S. 406). Lüb. R. IV. 66. Michelsen Oberhof Nr. 29. Magd. Fr. II. 2, 9. Goslar. Erk. bei Bruns Beytr. 242.

42) Beseler System Aufl. 1. II. 137.

43) Albrecht Gew. 156. Ihm folgt Hillebrand Lehrb. 2. Aufl. S. 331, indem er die Mobilien als Pertinenz der Immobilien betrachtet.

Digitized by Google

bilien gehörten und ob die vorhandenen Mobilien sich auf denselben befanden, so ist auch die Unrichtigkeit des angeführten Rechtssatzes heutigentags allgemein anerkannt.

Was als Exekutionsgegenstand angegriffen werden konnte, unterlag auch der Satzung um Schuld: Sachen und Rechte, Mobilien und Immobilien, auch ideelle Theile von solchen[44]). Daß auch Forderungsrechte verpfändet werden konnten, ist nicht zu bezweifeln, da Arrest darauf gelegt werden konnte[45]). Obgleich es keiner Ueberweisung der Forderung bedurfte, um den Gläubiger zur Klage gegen den Schuldner seines Schuldners zu legitimiren[46]), so gewährte die Verpfändung doch den Vortheil, daß der Schuldner sich dadurch jeder zum Nachtheil des Gläubigers gereichenden Verfügung über sein Forderungsrecht begab.

Zu den bisher erwähnten Voraussetzungen der Satzung um Schuld mußten die allgemeinen Erfordernisse eines jeden rechtsbeständigen Vertrages und die Befugniß des Verpfänders, über den verpfändeten Gegenstand zu verfügen, hinzutreten, in welcher Beziehung auf die Ausführungen des vorhergehenden Paragraphen zu verweisen ist. Es entsteht die Frage, ob der formlose Vertrag ohne Weiteres genügte, oder ob die Besitzübergabe oder die Beobachtung einer Form hinzukommen mußte.

Daß die Tradition zur Gültigkeit der Satzung um Schuld nicht nöthig war, ergiebt sich schon aus dem bisher Angeführten. Ebensowenig aber ist zu behaupten, daß die Tradition mit dem Wesen dieses Geschäfts unverträglich gewesen sei. Der Zweck desselben, Sicherstellung des Gläubigers, wurde durch die Uebergabe des Pfandes an ihn nur um so vollkommener erreicht. Was die Verpfändung von Immobilien betrifft, so bildete zwar die Nichtübergabe des Pfandes an den Gläubiger die Regel;

---

44) Rost. Stadtbuch-Inskr. 1282. C. H. posuit S. M. dimidiam hereditatem suam pro 8 marcis (folgen andere Gläubiger) a festo Joannis ad unum annum. Infra quem si potest debet vendere, et si non potest ipsam exibit et dicti omnes ipsam intrabunt. Inskr. 1283 (oben Note 36).

45) Vgl. oben S. 165.

46) Vgl. oben S. 60.

Digitized by Google

aber es sind auch Satzungsfälle nachweisbar, bei welchen der Gläubiger sogleich in den Besitz gesetzt wurde[47]) oder der Schuldner den Besitz Namens des Gläubigers, etwa als Miether desselben, fortsetzte[48]). Was dagegen die Verpfändung von Mobilien betrifft, so bildete umgekehrt die Uebergabe des Pfandes an den Gläubiger die Regel; daß aber auch Satzungsfälle vorkamen, bei welchen der Schuldner im Besitze des fahrenden Pfandes blieb, ist schon oben in Beziehung auf Schiffe und die Verpfändung eines ganzen Vermögens nachgewiesen worden. Auch bei Mobilien kommt es vor, daß der Schuldner das Pfand Namens des Gläubigers, als dessen Depositar, Commodatar oder Miether, in Besitz behielt[49]). Doch ist kein genügender Grund vorhanden anzunehmen, daß in allen Fällen, wo der Schuldner im Besitze des Mobiliarpfandes blieb, er dasselbe Namens des Gläubigers leiheweise besessen habe[50]).

Als Form der Satzung bezeichnet die herrschende Meinung die gerichtliche Auflassung. Gegen diese Meinung erheben sich aber gewichtige Bedenken.

---

47) Rost. Stadtbuch-Inskr. 1326. Gherardus ac Reynerus de L. ... recognoverunt, quod domino H. de M. patruo suo in 50 marcis puri argenti solvere teneantur, pro quo argento dicti fratres ... tutoribus dicti H. de M. ad manus ipsius hereditatem paternam ac maternam resignaverunt tytulo pignoris. Dicti tutores ex parte Gherardi de L. praemortui civitati respondebunt. Vgl. Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 65. Kulm. III. 100: welch man eyn gut *hot*, daz ym gesaczt ist vor schult.

48) Rost. Stadtbuch-Inskr. zwischen 1261 und 1270: A. de R. impignoravit A. hereditatem suam pro 10 marc. den. .... Si in pasca non redimet, dabit unam marcam ad dimidium annum *pro conductu domus*. Desgl.: H. C. habet in hereditate Syberni 3 marc. den. Si hereditas venditur, sumet 3 marcas. Si autem non, obtinebit *de conductu domus* de tempore ad tempus, donec 3 marc. recepisset, secundum marcarum taxationem. Lüneb. St. R. (Kraut 64), vgl. Stobbe Vertr. 266.

49) Frankf. Schöffenger. O. (Thomas 273) auch wer farnde habe vur schult versetzen sal oder wil ... unde der dem sie also virsatzet were, mag sie demjenen, der sie versatzet hat, wider lihen umb einen benometen wochenlichen zins ...

50) Wie Neumann Wucher 197. annimmt.

Digitized by Google

Allerdings erwähnen die oben angeführten Rechtsquellen, daß die Satzung vor Gericht vorzunehmen ſei, und es ſcheint nichts natürlicher, als die Annahme, daß darunter die gerichtliche Auflaſſung zu verſtehen ſei, wenn man davon ausgeht, daß es ſich bei der ſog. neuern Satzung immer um Immobilien handelte und der Gläubiger durch die Satzung die Gewere erlangte. Zur Unterſtützung dieſer Annahme kann angeführt werden, daß die Satzung ebendaſelbſt vorzunehmen war, wo auch beim Kaufe die Auflaſſung geſchah. Das Magdeburgiſche Recht verlangt für beide Geſchäfte die Vornahme vor Gericht[51]). Das Rechtsbuch nach Diſtinktionen beſtätigt, daß dies ſächſiſches Weichbildrecht ſei, fügt aber bei, daß nach Kaiſerweichbildrecht auch dasjenige Kraft habe, was vor ſitzendem Rathe und zwar vor mehr als der Hälfte ſeiner Mitglieder geſchehe[52]). In Lübeck und Hamburg geſchah der Verkauf und die Verpfändung der Grundſtücke vor dem Rathe unter Eintragung zu Stadtbuch[53]). In München ſollten beide Geſchäfte gerichtlich vorgenommen werden[54]).

Ein Bedenken gegen dieſe Erklärung der gerichtlichen Form der Satzung entſteht zunächſt dadurch, daß man dieſelbe Form auch für die Verpfändung beweglicher Sachen vorgeſchrieben oder beobachtet findet, bei welchen von Auflaſſung keine Rede ſein kann; nicht blos wo Immobilien und Mobilien zugleich[55]), ſondern auch wo letztere allein verpfändet werden[56]).

51) Magd. Syſt. Schöff. R. III. 2, 67. Kulm. III. 101. Magd. Fr. I. 6, 8. Vgl. damit Sächſ. Weichb. 20. und Syſt. Schöff. R. IV. 1, 21.

52) Bern. Eſp. I. 45, 1; IV. 43, 2. Zur Beſtätigung dient Braunſchw. R. §. 22. vgl. mit §. 65. (Gengler 38).

53) Lüb. R. (Hach) II. 24. vgl. mit 23, 36; Pauli Abh. I. 8, 105. Hamb. R. 1270. I. 13, VII. 3. vgl. mit I. 6.

54) München. R. 32, 205. vgl. mit 31, 270.

55) Magd. Syſt. Schöff. R. III. 2, 91. 92. Kulm. III. 122, 123. Goſl. Röſpr. bei Bruns 242.

56) Vgl. Note 36, 38. Billwärd. R. 38. (Lappenberg 333). We deme andern wil vrede uplaten van syneme erve ofte pandvrede an deme erve *ofte an siner varenden have*, de schal man uplaten vor dem voghede unde sworen, anders hat de vredelatinge nene macht. Frankf.

Digitized by Google

Hierzu kommt, daß die bei der Satzung von Immobilien angewendete Form von der Auflassung insofern abweicht, als die bei letzterer überall wiederkehrenden Ausdrücke auflassen, resignare bei ersterer nicht gebraucht werden, sondern die Ausdrücke anweisen, impignorare, assignare, obligare und ähnliche, wie schon von Andern bemerkt worden ist[57]). In dem Hamburger Stadt-Erbe-Buch z. B. findet man den Ausdruck resignatio nicht allein bei Verpfändungen vermieden, sondern auch dem impignorare entgegengesetzt:

Inskr. von 1264: T. de G. resignavit etiam predicto Henrico quartam partem predicti domus, que fuit ei impignorata[58]).

Inskr. von 1272: Domina G. .. resignavit Folperto dimidiam domum; pro warandia predicti residuam partem dicte domus impignoravit eidem[59]).

Dieser Sprachgebrauch kann aber für gleichgültig um so weniger angesehn werden, da er gerade das entscheidende Wort betrifft, welches den Charakter des Rechtsgeschäfts bestimmt.

Außerdem ist nicht zu übersehn, daß die Gleichstellung der Veräußerung und Satzung von Immobilien in formeller Hinsicht keineswegs überall hervortritt. In Bremen sollen nach den Ordelen von 1303 Verpfändungen von wicbelethe vor dem Rathe in Gegenwart von wenigstens der Hälfte der Rathsmannen, Verkäufe dagegen vor theme richte to rechter dhingtit vorgenommen werden[60]). In Lübeck trug man die Veräußerungen echten Eigenthums im Ober-Stadtbuch, Verpfändungen von Immobilien gleich der Verpfändung von Mobilien oder einfachen

Schöffenger. O. XIII. (Thomas 273) auch wer farnde habe vur schult versetzen sal oder wil, daz sal gescheen vor eime werntlichen richter. Auch Hamb. R. 1270. I. 13. und Stad. R. 1279. I. 9. setzen wie es scheint die Nothwendigkeit gerichtlicher Form voraus, indem sie die Versetzung fahrender Habe vor 2 erfhaftigen luden ausnahmsweise zulassen, wor en man bi slapender det varet ute der stad, also im Nothfalle, vgl. oben §. 3. N. 52.

57) Pauli Abh. I. 106. N. 167. Arnold Eigenth. 128.

58) Zeitschr. des Vereins für Hamb. Gesch. I. 359.

59) Das. 425.

60) Ord. 23, 24. (Oelrichs 78).

Digitized by Google

Schuldbekenntniſſen im Nieder-Stadtbuche ein [61]). In Goslar mußten zur Auflaſſung der Richter, die Urtheiler und zwei Rathsglieder mitwirken [62]); dagegen genügte es, bei der Verpfändung den Richter und zwei oder drei Nachbarn zuzuziehen [63]). In Bamberg wurde über Veräußerungen ein Stadtbrief, über Verpfändungen wie über einfache Schuldbekenntniſſe blos ein Gerichtsbrief ausgefertigt [64]).

Endlich wird die Gerichtlichkeit der Satzung auch da gefordert, wo die Auflaſſung nicht gerichtlich zu geſchehen braucht. Das bayriſche Landrecht fordert jene [65]), obgleich man annehmen darf, daß daſſelbe die Gerichtlichkeit der Auflaſſung ſo wenig verlangt [66]), wie das ſüddeutſche Recht überhaupt [67]) und das bayriſche Gewohnheitsrecht insbeſondere bis zum vierzehnten Jahrhundert [68]).

Die gerichtliche Form der ſog. neuern Satzung kann demnach nicht als eine Anwendung der gerichtlichen Auflaſſung betrachtet werden, und man ſieht ſich genöthigt, eine andere Erklärung derſelben aufzuſuchen. Sie ergiebt ſich aus der an die Spitze dieſes Abſchnittes geſtellten Grundanſchauung der Satzung. Wie ein-

61) Pauli Abh. I. 8. Im Oberſtadtbuch wurden nur notae oppignorationis unter Hinweis auf das Niederſtadtbuch eingetragen. Neumann Wucher 275.

62) Goslar. R. 25, 35; 26, 17.

63) Daſ. 112, 27.

64) Bamberg. R. §. 11, §. 13. Vgl. oben S. 50.

65) Bayr. Ldr. 222. (Freyberg IV. 462): wer dem andern pfant antwurt, daz aigen oder lehen iſt, und daz pfant dannoch in ſeiner gewalt beleibt, und daz er ez jenem, dem er ez geseczt hat, zehant nicht undertaenig machet: mit welchem geding daz geſchicht, da ſol er im brief über geben mit ſeinem insigel, ob er ain aigens insigel hat und mit des gerichtz insigel darzuo; ... iſt ez aber ein ſo getan man, der insigels nicht hat, der ſol ez tuon mit gerichtz insigel. Das Geding, auf welches Beſeler Syſtem II. 135. den Brief bezieht, iſt doch wohl der Pfandvertrag.

66) Bayr. Ldr. 193. mit handfeſt, mit briefen, mit erbſchaft und mit gewer.

67) Vgl. §. 7. Note 171 ff.

68) Merkel in Zeitſchr. f. R. G. II. 173.

Digitized by Google

fache Schuldbekenntnisse außerhalb des Prozesses vor Gericht abgelegt wurden, um dem Gläubiger das Zeugniß des Gerichts für seine Forderung und eine ohne weitere Verhandlung mit dem Schuldner genügende Grundlage zu sofortiger Zwangsbeitreibung zu verschaffen[68a]), so geschah ein Gleiches aus gleichem Grunde in Betreff der Satzung um Schuld, in welcher stets ausdrücklich oder stillschweigend ein Bekenntniß der Schuld enthalten war. Die Gerichtlichkeit dieser Handlung war um so mehr natürlich, da die Satzung die Stelle der Pfandnahme vertrat, welche das Gericht durch Pfändung oder Fronung zu vollziehen hatte, und da sie nicht blos unter den Vertragschließenden wirken, sondern auch für das Gericht die Grundlage der weiteren Exekutionshandlungen abgeben sollte. Aus dem Zwecke der Satzung ergab sich, daß sie bezüglich der Immobilien vor keinem andern Gerichte wirksam vorgenommen werden konnte, als vor dem Gerichte der belegenen Sache[68b]), da diesem ausschließlich die Immobiliarexekution zustand. Daß diejenigen Rechte, welche bei Schuldbekenntnissen das Rathszeugniß dem Gerichtszeugniß gleichstellten[69]), in Betreff der Verpfändung ein Gleiches thaten, kann nicht auffallen. Nach der Lokalverfassung der einzelnen Städte waren bald das Gericht, bald der Rath, bald beide elektiv für die Satzungsgeschäfte zuständig. Ursprünglich eine mündliche Erklärung des Verpfänders und Pfandgläubigers vor gehegtem Dinge oder sitzendem Rathe wurde die Satzung regelmäßig auch schriftlich beurkundet, entweder in einer besondern besiegelten Urkunde, oder durch Eintrag im Gerichtsbuch oder Stadtbuch, oder auf beiderlei Art.

Die Mitwirkung des Gerichts bei der Satzung hatte also nicht die Bedeutung einer Sollemnität, sondern sie bezweckte nur die Sicherstellung der Forderung in Beziehung auf Beweis und schleunige Vollstreckung. Daher ist nicht anzunehmen, daß der Mangel der gerichtlichen Form — unter welcher im Folgenden

68a) Vgl. oben S. 47 ff.
68b) Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 67. Kulm. III. 101.
69) Vgl. oben S. 52 ff.

Digitized by Google

die räthliche Form immer mitbegriffen wird — die Ungültigkeit der Satzung nach ſich zog; aber die außergerichtliche Satzung gewährte mindere Sicherheit. Während die Anwendung der gerichtlichen Form immer möglich war, ohne Unterſchied, ob Immobilien oder Mobilien verpfändet wurden und ob der Schuldner im Beſitz des Pfandes blieb oder nicht, hatte bei mangelnder gerichtlicher Form der letztere Umſtand erheblichen Einfluß auf die Sicherheit, welche die Satzung dem Gläubiger gewährte.

Blieb nämlich der Schuldner im Beſitz des Pfandes, ſo mußte der Gläubiger, wenn er ſeine Befriedigung aus dem Pfande erzwingen wollte, den Weg einer gewöhnlichen Klage betreten, und da ihm ein Gerichtszeugniß nicht zur Seite ſtand, ſo konnte der Schuldner die Schuld beſtreiten und ſich in der Regel derſelben durch ſeinen Eid entziehen, oder er konnte wenigſtens die Verpfändung leugnen und den Gläubiger von dem Pfande auf die gewöhnliche Reihenfolge der Exekutionsmittel verweiſen. Der Gläubiger hatte alſo in dieſem Falle trotz der Satzung nicht mehr Sicherheit, als er auch ohne dieſelbe gehabt hätte.

Wurde dagegen der Beſitz des Pfandes dem Gläubiger eingeräumt, ſo kam er hierdurch, wenn ihm auch nicht das Gerichtszeugniß zur Seite ſtand, doch hinſichtlich des Beweiſes und der Bewachung des Pfandes in eine beſſere Lage, als wenn gar keine Verpfändung geſchehn wäre. Was den Beweis betrifft, ſo war der Gläubiger beim Immobiliarpfande, obwohl er daran bei mangelnder Auflaſſung nur eine faktiſche Gewere hatte, doch in Folge derſelben näher zum Eide, als der Schuldner[70]), wenn er gegen ihn auf Zahlung der Schuld klagte oder von ihm auf Rückgabe des Pfandes vor Zahlung der Schuld beklagt wurde. Denſelben Vortheil hatte der Gläubiger beim Mobiliarpfand, an welchem er durch die Uebergabe ſogar die juriſtiſche Gewere erlangte[71]).

70) Bremer Ord. 1303. Nr. 48. (Oelrichs 96, Pufendorf Obs. II. 88. nr. 50). Dar en mach nemant binnen vier bencken wicbelde weddeschat holden, de buten sinen weren is; men we den weddeschat heft in sinen weren, de mach sin gelt holden up den hilligen.

71) Bremer Ord. 1303. Nr. 51. (Oelrichs 97, Pufendorf II. 88. nr. 51).

Digitized by Google

Man darf daher annehmen, daß die gerichtliche Form bei der Satzung um Schuld vorzugsweise dann angewendet wurde, wenn das Pfand im Besitze des Schuldners blieb, daß man dagegen, wenn das Pfand dem Schuldner übergeben wurde, zumal bei Mobilien, sich meistens mit der Sicherheit begnügte, welche schon der Besitz gewährte.

Untersucht man die Wirkungen der Satzung um Schuld, so kommt theils ihre Einwirkung auf das Schuldverhältniß, theils das Verhältniß des Gläubigers und des Schuldners zum Pfande in Frage.

I. Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner.

Die Satzung sollte dem Gläubiger wegen der Befriedigung seines Anspruchs einschließlich der Nebenansprüche[72]) Sicherheit gewähren. Aus dem Zweck derselben folgte, daß sie die Schuld nicht tilgte; am Wenigsten konnte davon die Rede sein, wenn gleich bei Begründung des Schuldverhältnisses Pfand gesetzt wurde. Das Forderungsrecht dauerte trotz der Satzung und der Verfolgung des Pfandes unverändert fort, so lange der Gläubiger nicht befriedigt war. Die Geltendmachung des Forderungsrechts aber war durch die Satzung beschränkt. So lange der Gläubiger nicht seine Befriedigung aus dem Pfande zu erlangen versucht hatte, konnte er seinen Anspruch nicht anderweit

---

Heft ein borger pande an sinen weren, de men flotten edder hören mach, vor sinen weddeschat, dar is he neger up den hilligen mit sines sulves hand sin gelt an to holdende, den jenich man ome af to winnende, men spreke it vor duwe ofte rof an.

72) Dazu gehörten nicht die Kosten der Satzung, aber die Kosten der Pfandverfolgung. Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 66. vor das gelt ... *und vor kost*, daz sint vredepfennynge (bei der Gewaldigung des Pfandes vgl. oben §. 2. Note 257a. b) schribepfennynge. Freyberg. R. I. 37. (Schott III. 164) sin urkunde (die Gewaldigungsgebühr von 1 Sch. bei Immobilien und 3 pf. bei Mobilien für den Richter) und dem schreibere sin recht. Frankf. Schöffenger. O. IX. XIII. (Thomas 270, 274) vur die schult ... *und vur den gericht schaden.*

Digitized by Google

verfolgen und weder das übrige Vermögen und die Perſon des Schuldners, noch den Bürgen deſſelben angreifen. Dieſer Grundſatz galt im Exekutionsverfahren[73]), er wurde auch auf die Satzung übertragen.

Lüb. Burſprake 37. Hefft en pande von eneme schuldener, de mach den schuldener midt richte nicht verfolgen, en he hebbe den panden dan, wat recht is[74]).

Bayr. Landrecht 240. Chlagt ainer den andern umb gelt, und ſpricht dann jener: ich laugen im dez geltz nicht, darumb er mich anſpricht, er hat aber ain pfant von mir .... dez ſoll er geniezzen und ſol jener mit geruo siczen, uncz er daz pfant verchauft, alz recht ist[75]).

Als der Rathmann H. G. zu Colberg den Bürger E. St. daſelbſt wegen einer Schuld von funfzig Gulden Rh. belangte und der Beklagte einwandte, daß Kläger dafür ein Pfand empfangen habe, hielt der Oberhof in Lübeck dieſen Einwand für begründet und erkannte[76]):

Kan C. dat mit der stad boke to Colberge bewisen alse recht is, dat H. G. vor sodane 50 rinsche guldene en pand gesat sy, so schal sik desulve H. an sodane zin pand holden, id ga dar furder umme alze recht zy.

Dieſer Grundſatz kam zunächſt dem Schuldner und Bürgen zu ſtatten. Zugleich aber war er auch für den Gläubiger von Nutzen. War dieſer nicht berechtigt, von dem Pfande abſehend anderweite Befriedigung zu ſuchen, ſo konnte es auch dem Gegner nicht zuſtehen, ihn, wenn er das Pfand angriff, auf anderes Vermögen des Schuldners oder auf den Bürgen zu verweiſen. Hieraus ergab ſich:

1) Verlangte der Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes von dem Schuldner, ſo konnte dieſer ſich nicht mit dem Ein-

73) Vgl. oben S. 134.

74) Dreyer Einl. 591. Wörtlich gleichlautend Roſtocker Ger. O. soc. 14. in Hiſt. Dipl. Abh. von der Stadt Roſtock Gerechtſame fol. 87.

75) Ebenſo München. R. 109. Vgl. auch Gerber in den Jahrbb. für Dogmatik VI. 276.

76) Michelſen Oberhof Nr. 108.

Digitized by Google

wande schützen, gemäß der herkömmlichen Reihenfolge der Exekutionsmittel müsse der Gläubiger erst andere Vermögensstücke angreifen, namentlich das Mobiliarvermögen vor dem verpfändeten Grundstück. Indem der Schuldner gerade diesen Gegenstand freiwillig zum Pfande setzte, begab er sich aller Einwände gegen die Wahl desselben zum Exekutionsobjekte. Eine ausdrückliche Erklärung dieses Verzichts enthält die zuweilen vorkommende Klausel, der Schuldner setze das Grundstück als fahrendes Pfand [77]) oder zu Kistenpfandrecht [78]). Ein Bedenken gegen diese Auslegung könnte daher entnommen werden, daß die Bestimmung sich findet, der Schuldner, welcher dem Gläubiger statt schuldigen Geldes ein Grundstück als Pfand aufdrängen wolle, müsse dasselbe zu Kistenpfandsrecht setzen [79]); denn, da der Gläubiger ein Immobiliarpfand nicht anzunehmen brauchte, so lange pfandbare Mobilien vorhanden waren [80]), so scheint ein Verzicht des Schuldners auf sein Recht, die vorgängige Angreifung der Mobilien zu verlangen, in dem erwähnten Falle keinen Sinn zu haben. Allein selbst wenn pfandbare Mobilien zur Zeit der Satzung nicht vorhanden waren, hatte dieser Verzicht bei der Verpfändung von Immobilien

77) Vgl. oben Note 13.

78) Belege aus den Stadt-Protokollen von Hannover theilt Grupen de ux. Theod. p. 131. mit; z. B. Inskr. 1358. posuit domum suam pro cistali pignore; 1360 posuit dictis fidejussoribus suis domum suam to eyme kystenpande; 1363 sette sin hus to eyme kistenpande vor 6½ mark. Die Satzung zu Kistenpfandsrecht hat dieselbe Wirkung, wie die gerichtliche Einweisung zu Kistenpfandsrecht. Die Bedeutung der letztern nach Bremer Recht ergiebt sich aus einer Raths-Urkunde 1498 bei Grupen l. c. p. 135. Der Rath weist den Gläubiger tho kistenpandes rechte und eröffnet damit, wie durch Frommg, das erste Stadium der Immobiliar-Exekution, in dessen Verlauf drei Termine im Vogtsding und ein vierter vor dem zu Pfand genommenen Hause stattfinden, worauf die Geweldigung erfolgt. Sodann weist der Rath den Gläubiger tho wigboldes rechte und eröffnet damit das zweite Stadium der Immobiliar-Exekution, in dessen Verlauf drei Termine im Echteding und nach dem vierten Echteding ein Termin vor dem Hause stattfinden, worauf dasselbe zu Weichbildrecht geweldigt (geeignet) wird.

79) Brem. Ord. 1303. Nr. 123. (Oelrichs 138; Pufendorf II. 78. Nr. 14).

80) Brem. Ord. 1303. Nr. 17. (Oelrichs 74). Vgl. oben S. 59.

Digitized by Google

doch einen guten Sinn, da der Schuldner Mobilien erwerben konnte, bevor das Immobiliarpfand verfolgt wurde.

2) Verlangte der Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes von einem dritten Besitzer desselben, so konnte dieser sich gegen die Klage, vorausgesetzt daß sie überhaupt gegen ihn statthaft war, durch Verweisung auf den Schuldner und dessen sonstiges Vermögen nicht schützen. Es gab im deutschen Rechte kein beneficium excussionis des dritten Pfandbesitzers. Insbesondere konnte derselbe den Gläubiger nicht auf den Bürgen verweisen. Vielmehr konnte Letzterer, wenn der Pfandgläubiger von ihm Zahlung verlangte, auf das Pfand verweisen [81]).

Wenn der Pfandgläubiger das Pfand zu seiner Befriedigung angriff und der Erlös dem Betrage der Forderung nicht gleich kam, so entstand die Frage, wie es mit dem Ueberschusse des Erlöses oder der Forderung zu halten sei. Diese Frage konnte nur da entstehen, wo das Pfand versetzt, verkauft oder im abgeschätzten Werthe dem Gläubiger zugesprochen wurde, nicht aber da, wo das alterthümliche Verfahren der Uebereignung des Pfandes an den Gläubiger ohne Abschätzung eintrat. Nach dem Zwecke der Satzung um Schuld, die volle Befriedigung und nur die Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen, und nach Maßgabe der im Exekutionsverfahren geltenden Grundsätze ist anzunehmen, daß der Pfandgläubiger den Ueberschuß des Erlöses an den Schuldner herauszugeben hatte, dagegen wegen des durch den Erlös nicht gedeckten Ueberschusses der Forderung sich an des Schuldners übriges Vermögen und Person, sowie an den Bürgen halten konnte.

Der erste dieser beiden Sätze findet sich in den Rechtsquellen, welche auf diese Frage überhaupt eingehen, bestätigt [82]).

Der zweite Satz ist in manchen Rechtsquellen ausgesprochen [83]). In anderen aber, nämlich im Hamburgischen, Lübischen und in ver-

81) Richtst. Ldr. 9. Vgl. oben S. 134.

82) Hamb. R. 1270. I. 14. Lüb. R. III. 255. Ueber das Freyberger R. I. 40. (Schott III. 165) 53. (Walch III. 182) vgl. Albrecht Gew. R. 291.

83) Verm. Sfp. III. 14, 1. 2. Freyberg. R. I. 40. (Schott III. 165).

Digitized by Google

wandten Rechten[84]), ist im Gegentheil festgesetzt, daß der Pfandgläubiger den Ausfall zu tragen habe. Was ist als die gemeinrechtliche Regel anzusehn, und worauf beruhen die Ausnahmen von der Regel?[85]) Wenn ein Schuldner seinen Gläubiger durch ein Pfand sicherstellt, so kann darin gewiß nicht ohne Weiteres die Uebereinkunft gefunden werden, daß nur dieser Gegenstand zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden solle, der Gläubiger mithin für den Fall, daß er hierdurch nicht völlig befriedigt werde, auf den Rest seiner Forderung Verzicht leiste. Der deutschen Satzung um Schuld kann dieser Sinn um so weniger beigemessen werden, da sie bezweckte, den Gläubiger in die Lage zu versetzen, in welcher er sich im Falle einer Pfandnahme im Exekutionsverfahren befinden würde; denn in letzterem Falle konnte er wegen des Fehlenden weiter pfänden. Allerdings war es möglich, daß die Kontrahenten eine Verabredung im entgegengesetzten Sinne trafen, oder daß ein Statut hierfür eine Präsumtion aufstellte. Als die gemeinrechtliche Regel kann dies aber nicht angesehen werden. Der singuläre Charakter der Vorschrift des Hamburgischen und Lübischen Rechts tritt darin hervor, daß sie häufig durch ein ausdrückliches Versprechen des Schuldners, für den Ausfall zu haften, umgangen wurde[86]), und schon vor dem Eindringen des römischen Rechts sowohl das Hamburgische[87])

84) Hamb. R. 1270. I. 14. Unbreke eme ok wat, de schade is syn. Lüb. R. III. 255. Stade. R. I. 10. (Pufendorf I. 174).

85) Nach Obigem ist die Darstellung im Jahrb. von Bekker und Muther IV. 451. zu berichtigen.

86) Den bei Pauli Abh. I. 105. N. 167, Burmeister Alterth. des Wismar. St. R. 33. und oben bereits mitgetheilten Fällen reihen sich folgende an: Rostock. Stadtbuch-Inst. 1282: B. posuit hereditatem suam L. H. pro 70 marc. et 24 sol., item A. H. pro 26 marcis (folgen weitere Gläubiger). In quibus defectum adimplebit. Desgl. 1282: Recognovit J. B., quod solvere tenetur Ottoni de M. 16 marcas et pro illis dimidiam hereditatem suam sibi posuit. Et quidquid in valore hereditatis deficit, adimplebit.

87) Hamburger Stat. 1292. C. X. Untbreke eme och wat, dhat scal eme dhe voldon, des dat goet oder dat erve was. Stat. 1497 II. IX.

Digitized by Google

als das Lübiſche Recht[88]) zu dem entgegengeſetzten gemeinrechtlichen Grundſatze überging.

Wenn der Pfandgläubiger aus dem Pfande nicht oder unvollſtändig befriedigt wurde, weil daſſelbe durch Zufall untergegangen oder verſchlechtert war, ſo entſtand die Frage, ob er nicht den zufällig verlorenen Werth an ſeiner Forderung abzuſetzen habe In Ermangelung beſtimmter Quellenausſprüche darf angenommen werden, daß es ſich bei der Satzung um Schuld wie im Exekutionsverfahren verhielt, daß alſo zunächſt der Schuldner den Zufall trug und die Gefahr erſt dann von dieſem auf den Gläubiger überging, wenn das Pfand Letzterem gewaltigt und übergeben war. Wie aber verhielt es ſich in dem, im Exekutionsverfahren nicht vorkommenden Falle, daß das Pfand ohne richterliche Gewaltigung übereinkunftsmäßig im Beſitze des Pfandgläubigers war? Dieſe Frage lag den Magdeburger Schöffen in folgendem Falle zur Entſcheidung vor[89]). Ein Schuldner hat dem Gläubiger für bekannte Schuld auf des Richters Gebot, ihn mit Pfand oder Pfennigen zu befriedigen, ein Pfand geſetzt, ohne Zweifel eine bewegliche Sache. Als der Schuldner das Pfand durch Zahlung des ſchuldigen Betrags einlöſen will, behauptet der Gläubiger, das Pfand ſei zufällig verbrannt oder verloren. Keiner von beiden will den Schaden tragen. Die Schöffen urtheilen:

> tar der man, dem das pfant gesaczt ist, uff den heiligen sweren, das das pfant ane syne vorwarloszunge vorbrant adir vorlorn sey, so sal der schade irre beyder schade syn, also *das her syn gelt doran vorloren hette unde yenir dy besserunge des pfandes.*

Die Schöffen gelangen zu dieſer Entſcheidung, wie es ſcheint, durch eine doppelte Erwägung. Erſtens: das Pfand war dem Gläubiger noch nicht gewaltigt, es ſtand daher nicht auf ſeine

88) Lüb. Burſprake 36. (Dreyer Einl. 590). Is ok dat pant so guet nicht, alse dat geld, so darup gedaen is ..., so gifft eme ordel und recht, dat he mach mere pande nha halen und varen damit wo recht is.

89) Magd. Fr. I. 6, 6.

Digitized by Google

Gefahr, er braucht den Werth desselben nicht zu ersetzen. Zweitens: der Gläubiger, der ein Pfand in Händen hat, kann den Schuldner nicht in Anspruch nehmen, wenn der Werth des Pfandes die Forderung deckt, und zwar selbst dann nicht, wenn ihm dasselbe ohne seine Schuld verloren geht.

Ist das Pfand durch Zufall beschädigt und verschlechtert, während der Gläubiger oder in dessen Namen der Schuldner sich im Besitz desselben befindet, so erscheint der Gläubiger, in Anwendung derselben Regeln, nicht verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, und befugt, sich wegen seiner Forderung aus dem Ueberreste des Pfandes zu befriedigen, nicht aber berechtigt, Zahlung von dem Schuldner zu fordern, wenn das Pfand im ursprünglichen Zustand die Forderung deckte. So entscheidet das Lüneburger Stadtrecht[90]):

Were't dat en man dede gheld uppe en erve und were vort in deme erve to hure umme bescheden penninge, brende dat erve van unghelucke van sinem vure, dat gheld, dat he hedde uppe dat erve ghedan, schal he in der word behalden.

II. Verhältniß des Pfandgläubigers und Verpfänders zum Pfande.

Der Zweck der Verpfändung, dem Gläubiger Sicherheit zu verschaffen, wurde im deutschen Rechte auf eine andere, aber nicht minder wirksame Weise erreicht, als im römischen Rechte. Nicht dadurch, daß der Gläubiger ein Recht an der Sache erwarb, welches seiner Natur nach auch gegen den Singularsuccessor des Verpfänders wirkte und jüngern dinglichen Rechten vorging, ohne übrigens den Eigenthümer der verpfändeten Sache an Verfügungen über dieselbe zu hindern; vielmehr einfach dadurch, daß die Dispositionsbefugniß des Verpfänders in Betreff der verpfändeten Sache zu Gunsten des Gläubigers beschränkt wurde. Dieselbe Beschränkung der freien Disposition über das Vermögen, welche im Arrest- oder Exekutionsverfahren wider den Willen

90) Vgl. oben Note 48.

des Schuldners durch das Gericht vermittelſt der Pfändung oder Frohung bewirkt wurde, führte bei der Satzung um Schuld der freie Wille des Schuldners im Wege des Vertrages herbei; nur mit dem Unterſchiede, daß das geſetzte Pfand nicht wie das genommene in das Gewahrſam des Richters kam, ſondern es der Vereinbarung der Betheiligten überlaſſen blieb, von wem daſſelbe verwahrt werden ſolle.

1) Das Verhältniß des Schuldners — oder ſonſtigen Verpfänders — zum verpfändeten Gegenſtande erlitt durch die Satzung keine andere Veränderung, als daß er ſich derjenigen Verfügungen, welche ihm nach Maßgabe ſeines Rechtes an dem Gegenſtande zuſtanden, enthalten mußte, ſofern ſie denſelben dem Angriffe des Gläubigers entzogen oder auch nur ſeine Befriedigung ſchmälerten. Hier und da findet man Satzungsgeſchäfte, bei welchen dieſe Dispoſitionsbeſchränkung ausdrücklich verabredet iſt[91]). Sie galt aber auch bei den Satzungen, welchen eine ausdrückliche Beſtimmung darüber nicht beigefügt war[92]). Insbeſondere waren dem Verpfänder folgende Verfügungen nicht geſtattet.

Er durfte die verpfändete Sache nicht veräußern, auch nicht als Lehn, Erbe, Pfandſchaft. Dem Pfandgläubiger gegenüber war die ohne ſeine Einwilligung geſchehene Veräußerung unwirkſam. Als G. S. und ſeine Ehefrau in Reval ihr geſammtes Vermögen dem H. R. wegen einer Schuld verpfändeten, hierauf aber die Ehefrau unter Zuſtimmung des Mannes ein zu

91) Roſtock. Stadtbuch-Inſkr. 1283 oben Note 34. Wismar. Stadtbuch-Inſkr. bei Burmeiſter 33: J. W. tenetur J. de S. 12 marc. den. pro quibus impignoravit duas naves, quas nec intra nec extra vendere potest, quin solvat.

92) Goslar. R. 24. Z. 19, 29. Verm. Sſp. II. 4, 18. Hildesheim. Stat. 71. (Pufendorf IV. App. 295) bekant hes geldes unn borghet sec bi semme erve, de ne mach mit dem erve nicht don ichte scepen, he ne hebbe de ersten scult aveleghet. Gl. zu Sächſ. Lehnr. 44. §. 1. (Homeyer Sſp. II. 1, 361) der mag an dem selbin gute keinrhande vorkoufin noch vorseczin noch vorgebin noch vorlyen, daz iz genr lyden durfe, er in koufis wider adir losiz adir czy is auz und brengis wider in seine gewere.

Digitized by Google

diesem Vermögen gehöriges Grundstück an H. H. verkaufte, erkannte der Oberhof zu Lübeck auf die von H. R. gegen H. H. erhobene Klage[93]):

is de vorpandinghe gescheen also lubesch recht is vor dem kope, *so is de kop machtloss.*

Wo Gerichtsbücher geführt wurden, ließ man dieselben lesen, um festzustellen, ob das Grundstück, welches veräußert werden sollte, verpfändet sei; nicht um den Erwerber von den vorhandenen Pfandrechten in Kenntniß zu setzen, sondern um eine unstatthafte Veräußerung zu verhindern und dem Pfandgläubiger Gelegenheit zur Einsprache zu geben. Das Münchener Recht[94]) sagt:

und ist ez dann vormalen nicht gesetzet, so mag er ez dann wol aufgeben ...

und stünd daz aigen jemant vor, der sol vorvarn.

Der Verpfänder durfte die verpfändete Sache nicht mit einer Rente belasten[95]). Als ein Schuldner, der sein gesammtes Vermögen verpfändet hatte, ein Grundstück kaufte und daraus einem Dritten eine Rente verkaufte, hielten die Magdeburger Schöffen den Rentenkauf dem Pfandgläubiger gegenüber nur deßhalb für unanfechtbar, weil die Verpfändung nur auf das zur Zeit derselben vorhandene Vermögen bezogen werden könne[96]).

Ebensowenig durfte der Verpfänder die verpfändete Sache wegen einer andern Schuld verpfänden[97]). Geschah es doch, so war die jüngere Verpfändung gegenüber dem ersten Pfandgläubiger unwirksam, auch wenn ihm der zweite Pfandgläubiger in der Verfolgung des Pfandes zuvorkam. Dagegen ging der zweite Pfandgläubiger vor, wenn zur Zeit, wo er das Pfand angriff, die Satzung zu Gunsten des Ersten noch nicht volle

93) Michelsen Oberhof Nr. 29.

94) Münch. R. 31, 270.

95) Lüb. R. (Hach II) 236. So we sin erve to pande gesat hevet vor ghot, de ne mach nen wicbelde dar inne verkopen.

96) Vgl. die Stellen in Note 40.

97) Goslar. Stat. 24, 19. nicht mer bekomeren; 24, 30. nicht vorsetten. Verm. Sp. II. 4, 18. nicht vorkommern noch vorseczen.

Digitized by Google

Wirkung hatte, weil die Forderung, auf welche ſie ſich bezog, noch nicht fällig war. Als auf die Klage eines Gläubigers A. das geſammte Vermögen des Schuldners gerichtlich in Beſchlag genommen war, ſpäter aber der Schuldner ſein geſammtes Vermögen dem Gläubiger B. vor Gericht verpfändete und nunmehr Streit zwiſchen A. und B. entſtand, indem B. ſich darauf berief, daß, als ihm das Gut des Schuldners verpfändet wurde, die Forderung des A. noch nicht fällig geweſen ſei, erkannten die Magdeburgiſchen Schöffen[98]):

lisz der schuldiger syn erbe und gut nicht den richter entseczczen[99]), da her in gehegit ding kam unde dem andern manne (B.) alle syn erbe und gut zcu eyme pfande saczte unde hat derselbe (B.) syme pfande mit uffbitunge in gehegtem dinge vor syne scholt nicht gefolget e des ersten beseczers[100]), der das erbe unde gut vorsprochen hatte, *e der schulde gelde tag komen was:* so sal dy besaczunge unde vorsprechunge (zu Gunſten des A.) vor der verpfendunge (zu Gunſten des B.) vorgan unde bund unde crafft haben.

Der Verpfänder durfte das verpfändete Grundſtück nicht zum Nachtheil des Gläubigers vermiethen. Ein Nachtheil konnte für Letzteren aus der Vermiethung entſtehen, weil Kauf die Miethe nicht brach[101]). Vermiethete der Verpfänder dennoch, ſo war das Miethsverhältniß unanfechtbar, ſo lange der Gläubiger das Pfand nicht angriff. Erſt wenn daſſelbe aufgeboten und Friede gewirkt war, konnte er die Einräumung des Beſitzes fordern, ohne den Miethvertrag gelten laſſen zu müſſen. Genau behandelt das Goslariſche Recht dieſen Fall[102]):

Sat en en hus ut ... he ne moch it ok nicht vormeden, denne bente uppe de tyd, dat it upgheboden wert und des

98) Magd. Fr. II. 2, 10.

99) d. i. erwirkte er nicht die gerichtliche Aufhebung des zu Gunſten des A. angelegten Arreſtes.

100) d. i. vor dem A.

101) Goslar. Stat. 21. Z. 39. Verm. Sſp. II. 4, 5.

102) Goslar. Stat. 24. Z. 19.

Digitized by Google

vride ghewarcht is unde beseten alse der stat recht is. Wanne dat al overgan is, so ne mach is de nicht leng gheweren, de dat utghesat heft, an mediughe oder an andern dinghen, it ne si (1) vore ghewilköret, des man mit gerichte möghe vulkomen, oder of (2) de mediughe gheschen is *er* der sattinghe.

Der Verpfänder durfte das in seinem Besitz gebliebene Mobiliarpfand nicht einmal an einen andern Ort bringen oder durch Spezifikation verändern. Willigte der Pfandgläubiger darein, so galt hiermit die Verpfändung als aufgehoben. So sagt das Lübische Recht[103]):

We deme andern wat lenet up sin gudt ... stedet de ander, dem dat gesettet is vor ein pandt, dat dat pandt van der stede kumpt, dar em dat vorpandet was, edder vorwandelt werdt in ander gudt, so is dat nen pandt.

Die Dispositionsbeschränkung, welche die Satzung um Schuld enthielt, wirkte auch gegen die Erben des Verpfänders. Sie befanden sich in gleicher Lage, als wenn nach dem Tode des Verpfänders der Nachlaß auf Antrag des Gläubigers mit Arrest bestrickt wurde. Die Verpfändung von Erbgut brauchten die nächsten Erben nicht anzuerkennen, wenn sie ohne ihre Zustimmung geschehen war[104]). Die Frage, ob die Frist von Jahr und Tag, innerhalb welcher die Erben Einsprache erheben durften, vom Tode des Verpfänders oder von der Verpfändung an zu rechnen sei, wurde dahin beantwortet, daß letztere und zwar der Akt der Satzung, nicht die Verfolgung des gesetzten Pfandes den Anfang bestimme, abgesehn von dem Falle, daß der Erbe abwesend war, in welchem Falle die Jahrfrist erst von der Zeit der Rückkehr lief[105]). Dieser Ansicht war der Oberhof zu Lübeck[106]):

103) Brokes II. 246, III. 149. Undeutlich ist der Text bei Hach II. 146, III. 97.

104) Magd. Syst. Schöff. R. IV. 2, 47. Nymant mag syn anirsturbin erbe vorkummern noch vorseczczin ane synir erbin willen. Kulm IV. 89. Magd. Fr. I. 12, 8. Pavli Abh. I. 105.

105) Goslar. Stat. 25. Z. 18.

106) Michelsen Oberhof Nr. 233.

Digitized by Google

hadde gy dar gebrek ane hat, dar sollen gy bynnen jare unde dage *na vorschrivinge des huszes* umme gespraken hebben.

Hiermit ſtimmt ein Goslar'ſcher Rechtsſpruch[107]) überein, welcher in folgendem Falle erging: Kademann bekannte ſich gegen ſeine Schweſter Kune zu einer Schuld von 39 Mark und verpfändete ihr dafür das nun ſeinem Schwiegerſohne T. gehörige Haus (de he ore bewiset hedde an des gen. T. huse und hoffe). Die Forderung der Kune ging durch Vergabung von Todes wegen auf zwei Töchter des Kademann, Ehefrauen S. und T. über. Namens einer dritten Tochter deſſelben, Ehefrau B., focht der Ehemann derſelben die Verpfändung und Vergabung an, worauf erkannt wurde:

mochte B. bewisen alse recht is, dat he edder sin husfrowe *in den tiden alse Kademann sodane schult bekande* und Kune di gifft dede, weddersproken hebben, alse recht is[108]) ..... so were sodane bekennige und vort de gifft nicht.

Das Anfechtungsrecht der nächſten Erben fiel weg, wenn ſie in die Verpfändung einwilligten oder die Jahresfriſt verſäumten oder wenn die Verpfändung um Schuld in Noth geſchah. Dagegen ſtand es gewiß nicht in der Macht des Verpfänders, durch eine der Verpfändung beigefügte Klauſel[109]) die Rechte der Erben ohne ihre Einwilligung auszuſchließen oder zu ſchmälern.

2) Das Verhältniß des Gläubigers zu der verpfändeten Sache wird nach der herrſchenden Lehre ſo aufgefaßt, daß ihm ein dingliches Recht daran zuſtehe. Dieſer Anſicht iſt nicht beizupflichten. Der Gläubiger erlangte ſo wenig an dem um Schuld geſetzten Pfande durch die Satzung, als an dem genommenen Pfande durch die Pfändung oder Frohung ein dingliches Recht.

107) Haenel Decis. p. 18.

108) d. i. binnen jar und dage a. a. O. p. 16.

109) Die Verpfändung „zu Kiſtenpfandsrecht" beeinträchtigte die Rechte der Erben nicht, da ſie binnen Jahr und Tag Einſprache erheben konnten; ſ. oben Note 78.

Digitized by Google

Dies ergiebt sich, sobald man die Rechte näher in Betracht zieht, welche die Satzung dem Gläubiger gewährte. Man kann hierbei dieselben beiden Abschnitte unterscheiden, wie bei dem Exekutionsverfahren.

Während des *ersten* Stadiums, welches mit der Satzung begann und so lange dauerte, bis entweder durch Befriedigung des Gläubigers das Erlöschen des Pfandverhältnisses herbeigeführt oder bei ausbleibender Befriedigung das zweite Stadium von dem Gläubiger durch Verfolgung seines Pfandrechts eingeleitet wurde, hatte der Pfandgläubiger kein Recht an der verpfändeten Sache. Er konnte weder den Besitz, noch den Gebrauch und Fruchtgenuß, noch eine Disposition über die Sache in Anspruch nehmen; seine Sicherheit, der einzige Zweck der Verpfändung während dieses Stadiums, war schon durch die dem Verpfänder auferlegte Dispositionsbeschränkung erreicht. War bei dem Pfandvertrage verabredet, daß der Gläubiger auch den Besitz oder andere Rechte an dem Pfande haben sollte, so entsprangen sie aus einem Nebenvertrage, nicht aus der Satzung an und für sich.

Während des *zweiten* Stadiums, welches eintrat, sobald der Gläubiger das Pfand zum Zwecke seiner Befriedigung angriff, und so lange dauerte, bis das Pfand zur Befriedigung des Gläubigers verwendet oder durch anderweite Befriedigung desselben eingelöst war, hatte der Pfandgläubiger das Recht, das Pfand zu dem gedachten Zwecke zu veräußern und deßhalb sich in den Besitz desselben zu setzen, wenn er ihn nicht schon hatte. Man könnte nun denken, dieses Recht sei dinglicher Art, und da dasselbe ruhend schon in dem ersten Stadium des Pfandverhältnisses existire, so erzeuge die Satzung ein dingliches Recht. Um aber das Veräußerungsrecht des Pfandgläubigers zu würdigen, ist es nöthig, die Voraussetzungen und die Weise der Ausübung desselben festzustellen.

Wollte der Pfandgläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung zur Veräußerung des Pfandes schreiten, was ihm in Ermangelung einer Abrede[110]) jederzeit freistand, vorausgesetzt daß etwaige

110) Z. B. der Abrede, daß die Pfanddistraktion erst nach Ablauf einer gewissen Frist stattfinden dürfe. Rostock. Stadtbuch-Inskr. 1326: M. carbo-

Digitized by Google

Bedingungen der Schuld oder Zahlungstermine eingetreten waren, ſo mußte er ſich an das Gericht wenden; er mußte um Fortſetzung des Exekutionsverfahrens bitten, das durch die Satzung anſtatt der Fronung oder Pfändung bereits eingeleitet war. Auch dann, wenn die Satzung nicht vor Gericht, ſondern vor dem Rathe vorgenommen war, gehörte der Antrag vor das Gericht, ſo jedoch, daß der Rath bei dem weiteren Verfahren in derſelben Weiſe mitwirkte, wie bei der Immobiliarexekution[111]). Der bei Gericht zu ſtellende Antrag wird Klage oder Forderung genannt[112]); ob der Antrag auf Zahlung der Schuld oder auf Herausgabe des Pfandes gerichtet wurde, ſcheint für gleichgültig geachtet worden zu ſein, da es bald heißt *das erbe* irfordern, irclagen vor die schult[113]), bald *das gelt* uff das erbe irfordern, vorsprechen[114]). Nachdem das auf den Antrag des Gläubigers gefundene Urtheil die Angreifung des Pfandes geſtattet hatte, erfolgte das weitere Verfahren durchaus in den Formen des Exekutionsverfahrens. Hier und da findet man die Uebereinſtimmung beider ausdrücklich hervorgehoben. Das Hamburger Recht[115]) ſagt vom Exekutionsverfahren, und zwar im Falle eines auf das Gut eines abweſenden Schuldners angelegten Arreſtes:

dat schal man deme clagere bewisen an syneme erve, *to liker wis ofte it eme set sy.*

Die Leipziger Schöffen[116]) beantworten die Frage, wie man

---

nista posuit N. T. partem hereditatis sue in arta strata ... sitae pro 1½ marcis argenti puri titulo pignoris usque ad instans festum Michaelis redimendam. Si vero argentum sibi tunc non solverit, ex tunc idem P. potens erit, superdictam partem hereditatis vendendi ac obligandi cuicunque voluerit.

111) Hamb. R. 1270. I. 11, 14. Lüb. R. II. 38, III. 252, 255. Stade. R. I. 7, 10. (Pufendorf I. 173).

112) Lüb. R. II. 38, III. 83.

113) Z. B. Magd. Syſt. Schöff. R. III. 2, 76. Kulm. III. 106.

114) Z. B. Glogau. R. 137, 151.

115) Hamb. R. 1270. I. 15. Ueber die Proſekution der Pfänder nach Hamburger Recht vgl. Baumeiſter Blicke auf einzelne Gegenſtände des Hamb. R. 1852. S. 226.

116) Hinter dem Sſp. ed. Zobel fol. 528,.

Digitized by Google

bewegliche oder unbewegliche Pfänder aufbieten und weiter damit verfahren solle, gleichmäßig für das Pfand, das ihm willig gesatzt oder dazu ihm geholffen wurde. In der Handfeste von Dieffenhofen [117]) wird das Verkaufsverfahren für die Fälle, daß Jemand ein Grundstück tam voluntaria obligatione quam auctoritate judicis et consilii als Pfand besitzt, in gleicher Weise geordnet. Eine Vergleichung der Stellen, welche von der Pfandveräußerung im Exekutionsverfahren und bei der Satzung handeln, beweist die Uebereinstimmung auf das Bestimmteste. Das Aufbieten des Pfandes vor Gericht, das Anbieten desselben bei dem Schuldner to huse und hove, das Friedewirken, das Geweldigen, endlich der Versatz oder Verkauf oder die Uebereignung an den Gläubiger: alle diese Akte finden sich auch bei der Distraktion des gesetzten Pfandes. Es genügt, in dieser Hinsicht auf die Darstellung im §. 2. zu verweisen und hervorzuheben, daß die zahlreichen Verschiedenheiten, welche in Betreff der Exekution unter den Lokalrechten obwalten, ebenso auch beim gesetzten Pfande wiederkehren. Namentlich bestand auch bei diesem der Unterschied, daß nach manchen Rechten das Pfand bei der Geweldigung sogleich dem Pfandgläubiger als Eigenthum zugesprochen [118]), nach andern Rechten dagegen zum Versatze oder Verkaufe desselben geschritten und nur wenn ein solcher nicht zu Stande kam im äußersten Fall das Pfand dem Gläubiger als Eigenthum zugesprochen wurde [119]). Der gewöhnliche Verlauf des Distraktionsverfahrens konnte durch Uebereinkunft des Pfandgläubigers und Schuldners abgeändert werden. Eine solche Uebereinkunft enthält zuweilen schon der Pfandvertrag. Man findet z. B. die Bestimmung, daß der Verpfänder es übernimmt, den Verkauf zu bewirken

117) §. 29. (Gengler St. R. 83).

118) Goslar. Stat. 27, 15. Freyberg. Stat. I. 37. (Schott III. 163). Frankenberg. Gew. (Schmincke Mon. Hass. 740).

119) Verm. Sfp. I. 15, 1. III. 14, 1. 2. Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 65. 66. Kulm. III. 100, 104. Leipz. Schöff. Urth. 20. bei Wasserschleben I. 156. Hamb. R. 1270. I. 14. Lüb. R. III. 255. Frankf. Stat. 1352. c. 30. (Senkenberg Sel. I. 29) und Schöffenger. O. IX. X. vgl. mit I. ff., XIII. vgl. mit XI. XII. Prager Rsb. §. 23. vgl. mit St. R. §. 119. (Rößler 108, 74).

Digitized by Google

und vom Erlös den Pfandgläubiger zu befriedigen[120]), oder die lex commissoria[121]), oder die Beſtimmung, daß wenn nicht binnen gewiſſer Zeit Zahlung erfolge, der Pfandgläubiger eine ſeiner Forderung entſprechende Rente aus dem verpfändeten Grundſtück erhalten, alſo die Schuld durch Kompenſation mit einer Rentenkaufſumme von gleichem Betrage getilgt werden ſolle[122]).

Das Veräußerungsrecht des Pfandgläubigers war demnach nicht ohne Weiteres durch die Satzung begründet, ſondern ſetzte ein gerichtliches Urtheil, die Gewaltigung, voraus. Dies Urtheil enthielt nicht die Anerkennung eines ſchon vorher, durch die Satzung, begründeten Rechts; denn daſſelbe Urtheil konnte auch zu Gunſten eines Gläubigers erfolgen, deſſen Forderung nicht durch Satzung geſichert war, ſobald er klagte und den Prozeß im Exekutionsverfahren bis zur Gewaltigung fortſetzte. Vielmehr gewährte das Urtheil dem Gläubiger eine ihm vorher noch nicht zuſtehende Befugniß; es gab ihm, abgeſehn von den Fällen, wo die Gewaltigung dem Gläubiger Eigenthum, Pfandnutzungsrecht oder Rentenrecht an der verpfändeten Sache gewährte[123]), die Vollmacht (gewalt), das Pfand anſtatt des Schuldners zu veräußern[124]). Als Veräußerer erſchien der Verpfänder; daher

120) Roſtock. Stadtbuch-Inſkr. 1282. oben Note 44.

121) Roſtock. Stadtbuch-Inſkr. 1327. Arnoldus de P. resignavit Rulef. de P. mediam suam hereditatem lapideam ... pro 50 marcis argenti puri *tytulo pignoris* usque ad instanc festum nativitatis Domini. Si tunc argentum sibi non solverit, tunc dictam hereditatem justo *emtionis tytulo* obtinebit.

122) Roſtock. Stadtbuch-Inſkr. 1327. Die Teſtamentarien des Everardus de P. bekennen: quod idem Everardus mansit obligatus Rotghero A. et Eygelberto de R. in 123. marc. den. lub. ad instans festum pasche persolvendis, pro quibus denariis dicti testamentarii hereditatem suam lapideam .... sub tytulo pignoris obligaverunt. Si pecunia sibi non fuerit tunc persoluta, ex tunc pro quibuslibet 10 marcis den. Lub. 1. marce redditus ejusdem monete predictis Rotghero et Eygelberto ex dicta hereditate et bonis suis omnibus quolibet festo pasche et Michaelis erogabunt, donec pro eadem pecunie summa .... reemere potuerunt .... Rotgherus civitati pro collecta respondebit.

123) Vgl. oben S. 141, 145.

124) Vgl. oben S. 143.

Digitized by Google

war er, nicht der Pfandgläubiger dem dritten Erwerber zur Gewährleistung verbunden[125]).

Der Pfandgläubiger erlangte also weder im ersten noch im zweiten Stadium des Pfandverhältnisses ein dingliches Recht an der verpfändeten Sache. Das Recht, welches er durch die „Klage" oder „Forderung" geltend machte, war lediglich sein Forderungsrecht. Der Gedanke, daß das Pfandrecht ein damit verbundenes accessorisches Recht sei, ist dem deutschen Rechte fremd. Das Mittel, wodurch der Pfandgläubiger sein Forderungsrecht verfolgte, war die Beschreitung des Rechtswegs in den Formen des gewöhnlichen Prozesses. Nur insofern gewährte die Satzung dem Gläubiger Vortheile, als erstens auf Grund des Schuldbekenntnisses mit Pfandsetzung ohne vorgängige prozessuale Verhandlung sogleich mit der Exekution gegen das gesetzte Pfand begonnen werden konnte, und zweitens der Schuldner durch die in der Satzung enthaltene Beschränkung seiner Dispositionsbefugniß gehindert war, die Exekution zu vereiteln. Der erstere Vortheil war prozessualer, der zweite materieller Art. Beide beruheten nicht auf einer durch die Satzung in dem Rechte des Gläubigers hervorgebrachten Veränderung. Denn während der erstere Vortheil das Gebiet des materiellen Rechts überhaupt nicht berührte, beruhte der zweite lediglich auf einer Dispositionsbeschränkung in der Person des Verpfänders.

Der Pfandgläubiger erlangte ebensowenig die Gewere an der verpfändeten Sache durch die Satzung. Gewere im Sinne thatsächlicher Innehabung konnte freilich nach Maßgabe der Vereinbarung der Vertragschließenden bei der Satzung und der gerichtlichen Verfügungen bei der Pfandverfolgung bald der Pfandgläubiger, bald der Verpfänder haben[126]). Was dagegen die juristische Gewere betrifft, so konnte der Pfandgläubiger sie nach

125) Prager Rsb. 23. (Rößler 108) kompt aber ein ander und spricht im das pfant an und gevint mit rechte, es sall der gelten, der is gesazt hat.

126) Diesen Sinn hat were z. B. in den oben Note 70, 71. angeff. Stellen.

Digitized by Google

den allgemeinen Grundsätzen über Erwerb der Gewere nicht erlangen, wenn ihm Immobilien ohne Auflassung, Mobilien ohne Besitzübergabe verpfändet wurden. Die herrschende Ansicht geht dagegen dahin, daß bei der sog. neuern Satzung, als deren Gegenstand ausschließlich Immobilien gedacht werden, der Pfandgläubiger die Pfandgewere erwarb. Zum Beweise führt man eine einzige Belegstelle an, einen Ausspruch der Magdeburgischen Schöffen[127]), welcher folgendermaßen lautet:

Frage: Eyn man verseczt eyme andern seyn erbe vor gehegtem dinge unde das wirt vorsegilt mit der scheppin brive vorschrebin: welchir des selbin erbis besser gewere hette, der deme is vorsaczt unde vorbriffet ist, adir yener, der is seczte, ab her nu wol blebe in deme erbe. Und ab desir syner besaczunge obir recht gehalden hat, und denne is vorkouffen wolle, unde man yn von rechtes halbin doryn gewisen moge, unde sich der ander werit und doch nicht loszen wil, waz do czwuschen recht sey?

Antwort: Wirt eyme eyn erbe vor gerichte gesaczt, der hat eyne rechte gewere doran, unde man sol yn von rechtis weyn doryn wiszen, is en sey denne, das der ander dy inwisung mit rechte entreden moge.

Hierin scheint allerdings ausgesprochen zu sein, daß der Pfandgläubiger durch die Satzung die Gewere erlange, auch wenn der Verpfänder im Besitze des Pfandes bleibe, und daß er am Pfande, nicht am Rechte (gelde) die Gewere habe. Indessen ist dieser Ausspruch auf gewisse Grenzen zurückzuführen.

Zunächst unterliegt es keinem Zweifel, daß der Pfandgläubiger die Gewere des Pfandes nicht erlangte, wenn verpfändete Mobilien im Besitze des Verpfänders blieben. Der Schöffenspruch handelt von der Verpfändung eines Grundstücks.

Sodann ist in Beziehung auf Immobiliarpfänder zwar ausgesprochen, daß der Pfandgläubiger daran die Gewere habe, aber nicht, von welchem Zeitpunkte an. Zwar scheint in den

127) Magd. Fr. I. 6, 8.

Digitized by Google

Worten: wirt eyme eyn erbe vor gerichte gesaczt, der hat eyne rechte gewere doran, ausgesprochen zu sein, daß die Gewere durch die Satzung entstehe. Allein aus der gestellten Frage ist zu entnehmen, daß neben der Satzung noch eine weitere Voraussetzung unterstellt wird. Nach der Fragestellung handelt es sich um folgenden Fall. Der Pfandgläubiger, welcher das Pfand verkaufen will und deßwegen in den Besitz desselben eingewiesen zu werden verlangt, und der Verpfänder, welcher den Besitz nicht aufgeben will, streiten mit einander. Wenn schon die Frage gespalten ist: welcher von Beiden die bessere Gewere habe, und ob der Pfandgläubiger die Einweisung verlangen könne, so handelt es sich doch offenbar nur um eine Frage: welcher von Beiden das stärkere Recht auf den Besitz habe, und folglich, ob der Antrag des Pfandgläubigers auf Einweisung in den Besitz zu gewähren oder abzuweisen sei. Diese Frage wird zu Gunsten des Pfandgläubigers entschieden, aber unter der bei der Fragestellung hervorgehobenen Voraussetzung:

ab desir syner besaczunge obir recht gehalden hat und denne is vorkouffen wolle,

d. h. falls er das Pfand vor Gericht gehörig verfolgt hat. Hiernach ist der Sinn der Entscheidung: der Pfandgläubiger hat ein stärkeres Recht auf den Besitz der verpfändeten Sache als der Verpfänder, wenn ihm dieselbe nach vorgängigem Aufbieten und Friedewirken geweldigt worden ist. Erst von diesem Zeitpunkte an hat er die Gewere des Pfandes[128]).

Diese Auslegung ist nicht allein sprachlich möglich, sondern aus sachlichen Gründen nothwendig. Denn ein Recht auf den Besitz hatte der Pfandgläubiger nicht früher, als zu dem eben erwähnten Zeitpunkt. Im Exekutionsverfahren freilich konnte der Gläubiger sich nach Magdeburgischem Rechte gleich nach der Fronung in den Besitz setzen oder einweisen lassen[128a]). Bei der Satzung aber stand der Inhalt des Vertrags entgegen, wenn

128) In welchem Sinne dieselbe rechte gewere genannt wird, ergiebt sich aus §. 2. Note 385 ff.

128a) Vgl. oben §. 2. Note 292.

Digitized by Google

ausdrücklich verabredet war, daß der Verpfänder im Beſitze bleiben ſolle, oder wenn dies auch nur ſtillſchweigend verabredet war, indem die Beſitzübertragung nicht bedungen und thatſächlich der Verpfänder im Beſitze belaſſen wurde.

Daß die Schöffen dem Verpfänder noch Einreden gegen den Antrag des Pfandgläubigers auf Einweiſung vorbehalten, ſteht der Annahme nicht entgegen, daß ihr Ausſpruch den Zeitraum nach der Gewaltigung betreffe. Denn wenn auch im Uebrigen die Einreden des Verpfänders durch das Friedewirken nach dreimaligem Aufgebot ausgeſchloſſen waren und das Friedewirken der Gewaltigung vorausging, ſo war doch die Einrede der Zahlung oder anderweiten Befriedigung des Gläubigers auch nachher noch zuläſſig, da das Pfand nach Magdeburgiſchem Rechte jederzeit, ſo lange es im Beſitze des Pfandgläubigers war und ſogar noch Jahr und Tag nach dem Verkaufe, um ſo mehr alſo vor dem Uebergang in den Beſitz des Pfandgläubigers eingelöſt werden konnte.

Zur Beſtätigung dieſer Auslegung des fraglichen Schöffenſpruchs dient ein Ausſpruch des Stadtrechts von Goslar[129]) und des Rechtsbuchs nach Diſtinktionen[130]). Es wird hier der Fall behandelt, daß ein Gläubiger, welchem ein Haus zum Pfande geſetzt iſt, einem Dritten aus dieſem Hauſe eine Rente verkauft und ſodann mit Zahlung der fälligen Rente im Rückſtande bleibt. Es entſteht die Frage, wie es ſich in dieſem Falle mit dem Rechte des Rentengläubigers verhalte, das rentenpflichtige Grundſtück zum Zweck ſeiner Befriedigung anzugreifen[131]). Die Antwort lautet:

> vorkoft he dar tins an, er he dat hebbe upgheboden unde er he dat hebbe in sine were ghebracht alse der stat recht is[132]), wert de tins eme dre jar untseten deme, de dene ghekoft hevet: dormede irwerft he (der Rentenkäufer) dat recht, dat he dar ane hadde, de eme den tins dar an vorkofte.

129) Gosl. Stat. 24. Z. 11.

130) Verm. Sſp. II. 4, 17; I. 46, 7.

131) Oben S. 229.

132) Verm. Sſp. II. 4, 17: in sine gewer bracht had also recht ist. Daſ. I. 46, 7: in rechte gewer bracht had noch wichbilderecht.

Digitized by Google

Es wird also unterschieden, ob die Rente von dem Pfandgläubiger verkauft ist, bevor oder nachdem er das versetzte Haus durch Aufbieten und weiteres dem Stadtrecht entsprechendes Verfahren in seine Gewere gebracht hat, womit anerkannt ist, daß er durch die Satzung allein die Gewere desselben nicht erwarb [133]).

Die Gewere des Pfandgläubigers konnte übrigens auch ohne Geweldigung entstehen, wenn der Verpfänder ihm das Mobiliarpfand übergab oder das Immobiliarpfand auflieβ [134]). In Beziehung auf die Gewere ist dieser Fall der im §. 7 erörterten Satzung gleichzuachten.

Das bisher gewonnene Ergebniß, daß der Gläubiger durch die bloße Satzung keine Gewere erlangte und bei der Pfandverfolgung nur sein Forderungsrecht geltend machte, darf nicht zu der Annahme verleiten, die Satzung habe dem Gläubiger ein gegen dritte Pfandbesitzer wirksames Recht überall nicht gegeben. Das Gegentheil ergiebt sich aus dem oben begründeten Satze [135]), daß der Gläubiger Vermögensstücke des Schuldners, welche sich im Besitze dritter Personen befanden, vermittelst direkter Klage gegen den Dritten zum Zweck seiner Befriedigung angreifen konnte. Dieser Satz litt auch dann Anwendung, wenn der Schuldner die verpfändete Sache ohne Einwilligung des Pfandgläubigers veräußert hatte. Diese Verfügung über die Sache war widerrechtlich und dem Pfandgläubiger gegenüber ungültig; mithin durfte dieser das veräußerte Pfand als noch zum Vermögen des Veräußerers gehörig dem Dritten zum Zwecke seiner Befriedigung abfordern [136]).

133) Ueber den hier nicht in Betracht kommenden Schluß, welcher aus obiger Unterscheidung für das Recht des Rentengläubigers gezogen wird, vgl. Göschen S. 230, Stobbe Zeitschr. für D. R. XIX. 195.

134) Wo eine Auflassung, resignatio, des Pfandes im Pfandvertrage erwähnt wird, z. B. in den Urkunden Note 47 und 121, darf man ohne Weiteres unterstellen, daß der Verpfänder dem Gläubiger Besitz und Nutzung sogleich überließ.

135) Vgl. oben S. 61.

136) Vgl. Note 93. Ueber die Regreßpflicht in diesem Falle vgl. Verm. Ssp. I. 46, 2: Vorkouft eyner erblich gud adder eyn ander gud, daz vormals vorkummert ist, heyscht man is von deme, der es vorkouft had, daz he daz entwere, daz sol her tun volkomelich.

Digitized by Google

Waren aber Mobilien verpfändet und im Beſitze des Schuldners gelaſſen worden, ſo verhielt es ſich gerade ſo, als wenn im Exekutionsverfahren gepfändete Mobilien mit Einwilligung des Klägers im Beſitze des Beklagten belaſſen wurden[137]). Der Gläubiger, welcher ſein Pfand dem Schuldner anvertraute, indem er denſelben im Beſitze ließ, konnte einem Dritten gegenüber kein ſtärkeres Recht haben, als der Eigenthümer, welcher ſeine Sache einem Andern anvertraute. Der Grundſatz Hand muß Hand wahren ſchützte daher den dritten Beſitzer auch dem Pfandgläubiger gegenüber. Insbeſondere konnte der Pfandgläubiger, welcher das Pfand durch Pfändung oder Satzung in Beſitz bekommen hatte, gegenüber dem ältern, aber nicht beſitzenden Pfandgläubiger ſich darauf berufen[138]). Ebenſo der Käufer, welcher die verpfändete Sache gekauft und in ſeinen Beſitz gebracht hatte. Auffallend iſt ein Goslariſcher Rechtsſpruch über dieſe Frage[139]). Ein Bauer verpfändet zwei andern Bauern wegen einer Bürgſchaftsſchuld ſein geſammtes Vermögen. Später verkauft er acht zu dieſem Vermögen gehörige Schafe einem Bürger. Als die beiden Bauern gegen Letztern klagen, indem ſie Herausgabe der verpfändeten Schafe oder Zahlung des Werths oder Setzung anderer Pfänder verlangen, wird erkannt:

weren de schap under demjennen, de se gekofft hedde na der vorpendinge, beclaget, de wile he de in siner weren hadde oder noch hedde, so moste he sinen weren bybringen over 3 verteyn nacht, he en vormeite sek des eir[140]). En dede he des nicht, konden denn de twen bur, den de schap gesath weren, des vulkomen mit dem vogede unde twen mannen, dat de schap an vor der tid vorsath weren .... so mosten jenne on or vorpendeden schap, de se so vor rechticheit hedden, wedder antworden ane wandel.

Es ſcheint, daß dieſer Entſcheidung die Auffaſſung zum

137) Vgl. §. 2. Note 382.
138) Vgl. oben Note 31, 32.
139) Bruns Beiträge S. 242.
140) Sich einer Sache vermeten, ſie in Anſpruch nehmen.

Digitized by Google

Grunde liegt, die Veräußerung der verpfändeten Sache durch den Verpfänder ohne Erlaubniß des Pfandgläubigers stehe einem Diebstahl gleich[141]; ein Gedanke, welcher sich auch im Lübischen Rechte findet[142]:

verkoft over jemant wicbelde an eneme erve, na deme dat vorsat is .... dat scal men richten like dufte.

141) Goslar. Stat. 99. Z. 16. Göschen S. 499. N. 3.
142) Lüb. R. (Hach) II. 236.

Digitized by Google

Vierter Abschnitt.

Zusammentreffen der Pfandrechte.

§. 9.

Aus der bisherigen Darstellung geht hervor, daß derselbe Gegenstand mehreren Personen zugleich als Pfand dienen konnte. Es bleibt daher noch übrig, zu untersuchen, wie das deutsche Recht das Verhältniß mehrerer an demselben Gegenstande zusammentreffender Pfandrechte ordnete. Hierbei kommt der Fall nicht in Betracht, daß Mehrere zu ideellen Theilen oder gesammter Hand [1]) an einem Gegenstand Pfandrecht erwerben; denn im ersteren Falle bestehen Pfandrechte an verschiedenen Objekten, und im andern Falle besteht ein einziges Pfandrecht, da die Gesammthänder wie eine Person dem Verpfänder gegenüberstehn. Ebenso ist der Fall auszuscheiden, daß derselbe Gegenstand verschiedenen Pfandempfängern von verschiedenen Personen verpfändet ist, welche beide sich das Eigenthum desselben zuschreiben; denn die Kollision der Pfandrechte löst sich in einen Streit der Verpfänder auf und je nach dem Ausgange dieses Streits erscheint das eine oder das andere Pfandrecht ungültig [2]). Es bleiben also die

1) Z. B. Rostock. Stadtbuch-Inskr. 1281. W. G. rell. et alii omnes, quibus hereditas Tydemanni Longi fuit obligata communi manu vendiderunt Salomoni etc.

2) Hiervon handelt Schwsp. 207, Rupr. 137.

Digitized by Google

Fälle übrig, daß derselbe Gegenstand von derselben Person oder ihren Rechtsvorgängern Mehreren successiv verpfändet oder von mehreren Gläubigern im Exekutions- oder Arrestverfahren angegriffen wird oder daß ein Gläubiger in diesem Verfahren einen Gegenstand angreift, welcher einem Andern verpfändet war oder wird; es sind mithin die Kollisionen zwischen Satzung und Satzung, Pfändung und Pfändung oder Satzung und Pfändung zu erörtern.

Die Entscheidung über das Verhältniß der kollidirenden Pfandrechte hat im deutschen Recht immer eine relative Bedeutung; sie stellt nur fest, welcher der beiden streitenden Theile das bessere Recht am Pfande habe, ohne Rücksicht auf etwaige Rechte dritter Personen. Auch wenn eine Mehrzahl von Gläubigern eines überschuldeten Schuldners vorhanden ist, erfolgt kein Prioritätsurtheil für die Gesammtheit der Gläubiger. Das deutsche Recht kennt keinen Konkursprozeß. Jeder einzelne Gläubiger verfolgt seine Forderung im gewöhnlichen Exekutionsverfahren oder im Arrestverfahren. Wenn es sich hierbei ereignet, daß mehrere Gläubiger auf einander stoßen, indem jeder denselben Gegenstand oder jeder die ganze Habe oder Erbschaft des Schuldners zu seiner Befriedigung verwendet wissen will, so entsteht zwischen ihnen und nur zwischen ihnen ein Streit, welcher sich sowohl um die Priorität, als auch um die Existenz[3]) der vorgehenden Forderung bewegen kann, und dessen Ausgang die Rechte eines jeden dritten Gläubigers unberührt läßt.

Der Ausgang des Streites erscheint zunächst davon abhängig, welcher Partei das Beweisrecht zuzuerkennen ist. Der Vorzug unter den an und für sich beiderseits begründeten Beweisrechten bestimmt sich aber nach dem Uebergewicht des materiellen Rechts[4]).

3) Magd. Syst. Schöff. R. III. 2, 72. 73. (Kulm III. 150, 151). Wirt abir denne dem drittin an des mannis gute synir bekanten schult broch, so mag her dy erstin czwene mit gerichte dor czu brengin, daz se muzsyn swerin, daz ze rechte schult gevordirt habin. Ebendas. III. 2, 138. Daher muß die Forderung, welche Priorität beansprucht, dem früher aufgetretenen Gläubiger angezeigt werden. Urth. 1472 bei Michelsen Lüb. Oberhof Nr. 54. Bamb. R. §. 258.

4) Hänel Beweissystem S. 182.

Digitized by Google

Es kann daher aus Rechtsquellen, welche den Vorzug im Beweisrechte regeln, auf die Stärke des materiellen Rechtes geschlossen werden und umgekehrt.

Bei Abwägung der beiderseitigen Rechte kommt vor Allem in Betracht, ob dieselben gleichartig sind oder nicht, ob ein Recht an der Sache oder ein Forderungsrecht geltend gemacht wird, und ob dies von beiden Seiten oder nur von einer geschieht.

I. Derjenige, welchem die Pfandgewere zusteht, hat ein stärkeres Recht an dem Pfande, als der Verpfänder und der Gläubiger des Verpfänders:

weme weddeschat gesat wert .. de is neger den weddeschat to beholdende, wen eyn ander de des begert to winnende [5]).

Daher kann der Pfandbesitzer, welchem der Gegenstand vermittelst einer Satzung der im §. 7 erörterten Art verpfändet ist und welcher die Gewere durch Uebergabe des Mobiliarpfandes oder Auflassung des Immobiliarpfandes erworben hat, die im Pfandrechte enthaltenen Befugnisse ausüben, ohne daß ein Gläubiger des Verpfänders, welcher denselben Gegenstand durch Pfändung oder Fronung oder durch eine Satzung der im §. 8. erörterten Art für sich in Beschlag genommen hat, ihn daran zu hindern vermöchte [6]). Der Gegner bringt aber durch, wenn er entweder die Gewere desselben als unrechtmäßig darstellen kann, oder wenn auch ihm die Gewere und zwar eine stärkere Gewere am Pfande zusteht.

Als unrechtmäßig erworben erscheint die Gewere des Pfandbesitzers, wenn der Verpfänder wegen einer vorausgegangenen Pfändung, Fronung oder Satzung um Schuld nicht verpfänden durfte. Daher kann der Gläubiger, zu dessen Gunsten diese Dispositionsbeschränkung besteht, die verbotswidrig verpfändete Sache auch in der Gewere des Pfandempfängers zu seiner Befriedigung angreifen. Jedoch gilt dies nicht von Mobilien, welche

5) Lüb. R. bei Hach S. 321. Note zu II. 146. Eine Anwendung im Lüb. Rechtsspruch 1489 bei Michelsen Oberhof Nr. 212.

6) Augsb. R. (Freyberg) S. 138. ist aber daz ein man etc. Münch. R. 300. Bayr. Landr. 241.

Digitized by Google

im Besitze des Schuldners belassen worden [7]), und von Immobilien dann nicht mehr, wenn die Gewere des Pfandempfängers den Charakter der rechten Gewere erlangt hat.

Die stärkere Gewere steht dem Gegner des Pfandbesitzers zu, wenn er sich auf eine ältere Satzung der im §. 7 erörterten Art berufen kann. Satzung und Verkauf werden in dieser Hinsicht auf eine Linie gestellt:

> so wor een man vordinget ofte vorkoft ofte to weddeschatte set wedder wegene syn erve enen manne edder twen ofte so welker hande gud it sy, ofte se twedrachtich darumme worden: so we danne *den ersten kop edder den ersten weddeschat* tugen mach, de schal den kop edder den weddeschat beholden [8]).

Handelt es sich um Immobilien, so hat derjenige das bessere Recht, welcher zuerst die Auflassung empfangen hat, so lange nicht dem andern Pfandempfänger die rechte Gewere zur Seite steht [9]). Handelt es sich um Mobilien, so hat derjenige das bessere Recht, welchem zuerst das Pfand übergeben worden ist; doch kann er sein Recht gegen den zeitigen Besitzer des Pfandes nur dann geltend machen, wenn ihm dasselbe wider seinen Willen abhanden gekommen ist, weil, wenn er dasselbe freiwillig aus seiner Gewere gelassen hat, der Grundsatz Hand wahre Hand entgegensteht. Die Magdeburger Schöffen erkennen [10]), daß der Gläubiger, welcher seinem Schuldknecht gegen das Versprechen der Rückkehr in die Haft Urlaub giebt, denselben von einem andern Gläubiger nicht zurückfordern kann, welchem er hierauf als Schuldknecht überantwortet worden ist, und knüpfen daran die allgemeine, auch auf Mobiliarpfänder zu beziehende Bemerkung:

7) Vgl. oben §. 2. N. 382, §. 8. N. 31 ff., 138.

8) Hamb. R. 1270. I. 7. Billw. R. 39. (Lappenberg 334). Bremer Ord. 1303. Nr. 69. (Oelrichs 105). Lüb. Stadtb.-Inskr. 1326 bei Pauli Abh. I. N. 167 a: prior erit in suo jure sicut prior est in sua scriptura. Münster. R. §. 41. (Gengler 306). Qui potest duobus civibus probare priorem possessionem in pignore, debet potius obtinere, quam posterior possit infringere.

9) Ebenso beim Lehn: Sächs. Lehnr. 7. §. 4, Richtst. Lehnr. 29. §§. 1, 2, 6.

10) Magd. Fr. II. 4, 2.

Digitized by Google

also ist is ouch zcu vornemen von allir varndir habe, ab dy eyn man usz syner gewere lesszet mit willen adir in syner were nicht enhat.

II. Wenn keinem der ſtreitenden Theile die Pfandgewere zuſteht, ſo handelt es ſich um einen Zuſammenſtoß der Forderungen mehrerer Gläubiger deſſelben Schuldners. Dieſer Fall liegt auch dann vor, wenn der Pfandbeſitzer zugleich die Gewere des Pfandes und ein Forderungsrecht gegen den Verpfänder hat, aber nur das letztere Recht geltend macht:

heft en minsche en pand in siner were, unde kumt en ander unde besettet dat pand under em von desjenigen schulde wegen, de dat uthgesettet heft, isset dat dejenne dat ock besettet, deme dat vorpandet is, so is dat like schulde und is nen pant[11]).

Auch dann, wenn die Gläubiger durch Pfändung, Fronung oder Satzung um Schuld wegen ihrer Forderung ſicher geſtellt ſind, handelt es ſich, nach den Ausführungen in den §§. 2. und 8, nicht um eine Kolliſion dinglicher Rechte, ſondern der Forderungsrechte. Die Entſcheidung der Frage, welche Forderung der andern vorgehe, hängt zuvörderſt davon ab, ob alle Gläubiger ſich in gleicher Lage befinden, indem keiner den in Anſpruch genommenen Gegenſtand beſitzt, oder ob der eine Gläubiger ſich in einer günſtigeren Lage als der andere befindet, indem er den Gegenſtand bereits inne hat, den der andere zu ſeiner Befriedigung in Anſpruch nimmt.

1) Der Gläubiger, welcher eine Sache des Schuldners beſitzt, iſt näher, dieſelbe zu behalten und zu ſeiner Befriedigung zu verwenden, als jeder andere Gläubiger. Als Grundlage dieſes Vorzugs erſcheint der Grundſatz des deutſchen Rechts, daß der Gläubiger die Sachen des Schuldners überall, wo er ſie findet, zu ſeiner Befriedigung angreifen kann[12]). Der Gläubiger, welcher Sachen ſeines Schuldners in Händen hat, iſt thatſächlich in einer günſtigeren Lage in Betreff ſeiner Befriedigung, und dieſer

11) Lüb. R. Brokes II. 248, III. 147, Hach S. 321.
12) Oben S. 61.

Digitized by Google

thatsächliche Vortheil ist als ein rechtlicher Vorzug anerkannt. Wie der Gläubiger in diesem Falle dem Schuldner gegenüber die Befugniß hat, die Sache zurückzubehalten und zum Zwecke seiner Befriedigung durch Verfatz zu versilbern [13]), und im Rechtsstreit näher ist, seine Forderung auf der Sache durch seinen Eid zu behalten, als der Gegner, seine Schuld eidlich abzuleugnen [14]), so genießt er dasselbe Recht auch gegenüber andern Gläubigern seines Schuldners. Daher heißt es von dem Handwerker, bei welchem ein anderer Gläubiger des Arbeitgebers das Werkstück mit Beschlag belegen will:

so soll er dem hantwergkman seinen lon zu dem ersten geben oder er mag es sunst nit verbieten [15]).

Ebenso von dem Vermiether, welcher die ins Haus gebrachten Sachen des Miethers pfändet und zurückbehält:

verdienter hauszins vert vor allem gelt auf den pfanten, die inner haus sint [16]);

oder:

so is de hushere naghere to beholdende vor sine hure so wat he in den weren vindet, den id eme jenich man af to winnende si [17]).

Denselben Vorzug genießt auch der Gläubiger, welcher ein Pfand besitzt, das ihm vom Schuldner gegeben oder vom Gerichte im Exekutionsverfahren geweldigt ist. Jedoch beruht das Vorzugsrecht auf dem Besitze, nicht auf dem Pfandrechte und tritt auch dann ein, wenn die Verpfändung rechtswidrig, weil einer Beschlagnahme ungeachtet vorgenommen ist [18]).

2) Wenn keiner der streitenden Gläubiger den in Anspruch genommenen Gegenstand besitzt, so erscheinen die Forderungen

13) Oben §. 7. N. 124 ff.

14) Oben §. 7. N. 127, 435.

15) Bamberg. R. §. 280.

16) München. R. 178. Statt vert heißt es im Bayr. Lbr. (Heumann 156) weret.

17) Hamb. R. 1292. C. V; 1270. I. 9, VI. 15. Brem. Ord. 1303. Nr. 104. (Oelrichs 128). Verden. R. 148 (Pufendorf Obss. I. App. 124).

18) Vgl. die in Note 7 angeff. Stellen.

Digitized by Google

der Regel nach gleichberechtigt, einzelne aber bilden Ausnahmen, indem ſie entweder vor den übrigen zur Befriedigung gelangen oder gegen dieſelben zurückſtehen. Es ſind vorweg die bevorzugten oder zurückgeſetzten Forderungen auszuſcheiden, ſodann iſt zu unterſuchen, welche Folgerung in Betreff der Befriedigung aus der Gleichberechtigung der übrigen Forderungen gezogen wird.

A. Das deutſche Recht hatte ſchon vor der Aufnahme des römiſchen Rechts die Tendenz, gewiſſe Gläubiger oder gewiſſe Forderungen zu begünſtigen, andere zurückzuſetzen. Jedoch kann den hierüber angenommenen Rechtsſätzen nur zum Theil gemeinrechtliche Geltung beigemeſſen werden. Als Mittel zur Begünſtigung einer Forderung vor der andern dient im deutſchen Rechte nicht die Einräumung eines ſtillſchweigenden oder privilegirten Pfandrechts, ſondern ein einfaches Vorzugsrecht, und das letztere tritt nicht in Geſtalt einer Klaſſifikation ſämmtlicher Forderungen auf, ſondern macht ſich nur im Streite zwiſchen zwei Gläubigern, deren Anſprüche zuſammenſtoßen, als ein Grund zur Abweiſung des Einen zu Gunſten des Andern geltend.

a) Forderungen, welche den übrigen vorgehen, ſind zunächſt diejenigen, welche auch in Betreff des Beweiſes begünſtigt ſind, indem ausnahmsweiſe der Gläubiger näher iſt, die Forderung eidlich zu erhärten, als der Schuldner, dieſelbe eidlich abzuleugnen [19]), nämlich die Lohnforderung des Geſindes [20]) und die Miethzinsforderung des Hausvermiethers [21]), welchen hier und und da die Bodenzinsforderung des Grundherrn [22]) und die

19) Ueber den Vorzug im Beweiſe vgl. *Albrecht* (oben §. 7. N. 415) I. 10, Stobbe Vertr. 96, Homeyer Richtſt. 448, Hänel Beweisſyſtem 111.

20) Sſp. I. 22. §. 2, in Dſp. und Schwſp. nicht übergegangen. Magd. Fr. II. 2, 7. Billwärd. R. 43. Hamb. St. R. 1605. II. 5, 5. „nach uhralten Recht".

21) Brem. Ord. 1303. Nr. 42. (Oelrichs 93) dhe hure tho eme halven jare. Billwärd. R. 43. der herren schat geyt tovoren, darnegest hure und vordenet loen und rente. Flensburg. R. 130. (Westphalen Mon. IV. 1941) hüre geit vör andere schulden.

22) Billwärd. R. 43. Frankf. Schöffen-Urth. 1398 (Thomas 542) zins der unverjeriget ist; Frankf. Bac. jud. §. 35. (daſ. 236).

Digitized by Google

Forderung der Wirthe wegen Bezahlung gelieferter Garkost[23]) sich anreihen. Es ist versucht worden, den Vorzug dieser Forderungen im Beweis auf das Prinzip zurückzuführen, daß demjenigen, welcher einen zweiseitigen Vertrag seinerseits erfüllt habe, bezüglich seiner Forderung auf Erfüllung desselben das Beweisrecht zustehe[24]). Oder man hat diesen Vorzug daraus abgeleitet, daß für die Richtigkeit der gedachten Forderungen eine Rechtsvermuthung streite, welche in der Offenkundigkeit des ihr zum Grunde liegenden dauernden Rechtsverhältnisses ihren Grund habe[25]). Weder die eine noch die andere Erklärung rechtfertigt den Vorzug der Forderung vor andern Forderungen bei der Befriedigung des Gläubigers und ebensowenig den weiteren, denselben Forderungen eingeräumten Vorzug einer Beschleunigung des gerichtlichen Verfahrens, z. B. durch Abkürzung der Fristen zur Einlassung auf die Klage oder zur Urtheilserfüllung[26]). Es ist aber wahrscheinlich, daß alle diese Vorrechte auf demselben Grunde beruhen, nämlich auf einer exzeptionellen Begünstigung der fraglichen Forderungen aus Billigkeitsrücksichten. Man betrachtete es als eine schreiende Unbilligkeit, dem Gesinde sein geordnet lon, daz man mit dem swaysz verdienet hat, zu verkürzen[27]), und stützte sich hierbei auf alttestamentliche Aus-

23) Wenigstens in spätern Rechtsquellen, z. B. Rev. Lüb. St. R. III. 1, 11. ein jar kostgelt, Hamb. St. R. 1605. II. 5, 6.

24) Stobbe a. a. O. 67, 96. Hiergegen s. aber Hänel a. a. O. S. 116. Anm.

25) Hänel a. a. O. Aber bei andern nicht minder offenkundigen und dauernden Rechtsverhältnissen findet sich keine Spur dieser angeblichen Rechtsvermuthung.

26) Außer den bei Stobbe a. a. O. 104. angeführten Stellen vgl. a) in Betreff des Gesindelohns Ulm. R. §. 21. (Gengler 503) Passau. R. §. 8. (das. 350). München. R. 137. Frankf. R. (Thomas 297). b) In Betreff des Hauszinses Hamb. R. 1270. I. 9, Ulm. R. §. 21, Frankf. R. a. a. O. und Bac. jud. §. 85. (Thomas 236). c) Mit lidlon und huszins stellt Weisth. I. 110. §. 6. bar gliehen gelt zusammen; ebenso lenede und bewisede pennynge, Hamb. R. 1270. IX. 14, Lüb. R. II. 280, III. 151, 203, Brem. Ord. 1303. Nr. 93. (Oelrichs 121), über deren Bedeutung vgl. Baumeister Blicke auf Gegenst. des Hamb. R. 212.

27) Passau. R. §. 8. (Gengler St. R. 350). Ueber geordnet oder

Digitized by Google

sprüche[28]). Ebenso erschien es unbillig, die Wirthe, welche Lebensbedürfnisse geliefert haben, unvollständig zu befriedigen[29]). Das Vorzugsrecht des Hausvermiethers, welches sich auf die ins Haus gebrachten Mobilien des Miethers erstreckte und in manchen Rechtsquellen auf diese beschränkt blieb[30]), konnte leicht als ein Vorzugsrecht im ganzen Vermögen aufgefaßt werden, da Personen, welche zur Miethe wohnen, gewöhnlich keinen Grundbesitz haben und ihre gesammte Habe in die Miethswohnung einbringen. Wie der Vorzug im Beweise in vielen Rechtsquellen auf die Rückstände von einem gewissen Zeitraum, z. B von einem halben Jahre oder einem Jahre oder drei Jahren, oder auf einen gewissen Betrag beschränkt ist, so findet sich auch das Vorzugsrecht vor andern Forderungen bei der Exekution nicht selten, besonders in spätern Quellen, auf die Rückstände von einem gewissen Zeitraume eingeschränkt. Es ist jedoch unzulässig, aus der Beschränkung des Beweisvorzugs ohne Weiteres auf eine gleiche Beschränkung des Vorzugsrechtes bei der Exekution zu schließen[31]).

Zu den bevorzugten Gläubigern wird ferner schon vor der Aufnahme des römischen Rechts die Ehefrau wegen ihres Eingebrachten gezählt. Es kann hier auf dieses Recht nicht näher eingegangen werden, weil es nur mit Unterscheidung der verschiedenen Gestaltungen des ehelichen Güterrechts in Deutschland

---

gearnt lon vgl. Stobbe Vertr. 97. Rechtssprichwort: verdienter Lidlohn schreit zu Gott im Himmel, bei Graf und Dietherr S. 178. Nr. 198.

28) 3. Mos. 19, 13; 5. Mos. 24, 15; Tob. 4, 15. Darauf verweist Gl. lat. ad Spec. Sax. I. 22. §. 2.

29) Rechtssprichwort: Kostgeld schreit vor aller Welt, bei Graf und Dietherr S. 164. Nr. 142, 143.

30) Vgl. die in Note 17 angeführten Stellen.

31) Beim Lidlohn z. B. beschränkte Ssp. I. 22. §. 2. den Beweisvorzug auf die Rückstände von einem oder einem halben Jahr, wogegen das Vorzugsrecht bei der Exekution unbeschränkt war, wie auch die sächsische Praxis annahm, Carpzov. Def. for. I. 28. def. 24, bis spätere Gesetze dasselbe auf die Rückstände von einem bestimmten Zeitraume einschränkten. Haubold Sächs. P. R. §. 99. Heimbach Sächs. P. R. §. 120.

Digitized by Google

erörtert werden könnte, deren Untersuchung von dem Gegenstande der vorliegenden Abhandlung weit abführen würde. Es genüge daher darauf hinzuweisen, daß nicht blos in solchen Rechtsquellen, bei welchen eine Einwirkung des römischen Rechts angenommen werden könnte[32]), sondern auch in rein deutschen Quellen, z. B. im alten Lübischen Rechte[33]), wie auch in schweizerischen Rechten[34]) dies Vorzugsrecht sich findet.

Endlich genießt der Gläubiger, durch dessen Thätigkeit die Befriedigung der übrigen Gläubiger möglich wird, vor letzteren den Vorzug:

> wor eyn man vorvluchtich wert umme schult willen, de he schuldich is, unde syn gut buten der stat is unde buten den bome wert ghevunden: de jenne, de dat gud upholt unde weder bringhet, de schal syne schult to vorne upbaren[35]).

Dies Vorzugsrecht setzt nicht voraus, daß die Forderung des vorgehenden Gläubigers durch dessen Thätigkeit zur Erhaltung der Exekutionsobjekte entstanden ist. Folgerichtig muß dasselbe Vorzugsrecht auch demjenigen Gläubiger zugestanden werden, dessen Forderung auf einer Aufwendung zur Verschaffung, Erhaltung oder Wiederherstellung des Exekutionsobjektes beruht; doch ist hierfür kein Beleg zur Hand.

b) Forderungen, welche den übrigen nachstehen, werden seltener erwähnt, als bevorzugte. Zu erwähnen ist die Zurücksetzung der ausländischen Gläubiger hinter die inländischen, der Ortsfremden hinter die Ortsgenossen[36]), ein Ausfluß der gegen-

32) Z. B. Landshut. R. 1279. §. 9. (Gengler 234): emunitati dotis nullum volumus praejudicium gravari, sed libertatibus insignita remaneat a sanctis patribus institutis.

33) Lüb. R. (Hach) II. 11, III. 153: so nemet de vrouwe ere mede ghift to voren ut, van deme anderen geldet men de schult. Lüb. Rsspr. 1482 bei Michelsen Oberhof Nr. 139: brudschat geyt vor alle schulde.

34) Bluntschli Zürich. R. G. I. 440, Wyß (oben S. 14. N. 41) S. 61, Heußler Ztschr. f. schweiz. R. VII. 207, Bluntschli D. P. R. Aufl. 2. §. 154.

35) Lüb. R. (Hach) II. 183, III. 36.

36) Z. B. Züricher Auffalls-Ordn. (Wyß a. a. O. S. 178) inburger

ſeitigen Abſchließung der Landſchaften und Stadtgebiete, aus welcher auch der Abſchoß und die Land- oder Marklosung hervorging. Die Forderung des Gerichtsherrn wegen der Geldſtrafe ſteht der aus demſelben Vergehn entſpringenden Forderung des Verletzten wegen Geldſtrafe und Schadenserſatzes nach. Schon im ripuariſchen Volksrechte heißt es:

nec nullus judex fiscalis de quacunquelibet causa *freda* non exigat, priusquam facinus *componatur* [37]).

Von demſelben Grundſatze geht das fränkiſche Reichsrecht aus:

quod superfuerit ... fiscus noster possideat; si nihil super conpositionem remanere potuerit, totum in illam expendatur [38]).

Und in den Rechtsbüchern findet er von Neuem Anerkennung:

so sol man dem clager sine gulte unde sine buze vor dem rihter geben, und gebristet an dem gute iut, dez sol man dem rihter gebresten lan unde nut den clager [39]).

B. Was endlich die übrigen Forderungen betrifft, welche weder zu den bevorzugten, noch zu den zurückgeſetzten gehören, ſo wird die Gleichberechtigung derſelben in den deutſchen Rechtsquellen bald dahin verſtanden, daß ſie in der Reihenfolge befriedigt werden, in welcher die Exekutionen eintreten, bald dahin, daß alle vor Gericht geltend gemachten Forderungen nach Verhältniß ihrer Größe, nach Markzahl [40]), zur Befriedigung gelangen. Der letztere Grundſatz iſt als der gemeinrechtliche, der erſtere als eine Beſonderheit des ſächſiſchen Rechts bezeichnet worden [41]). Vielmehr erſcheint die Befriedigung der Gläubiger nach Maßgabe der Prävention als der urſprünglich gemeinrechtliche Grundſatz,

---

vor den usburgern und darnach die gest. Heußler in Ztſchr. f. ſchweiz. R. VII. 200.

37) L. Rip. LXXXIX.

38) Cap. 817. c. 11; ſ. oben S. 56. N. 76.

39) Schwſp 102. Weitere Belege oben S. 75. N. 140.

40) Hamb. R. 1270. VI. 15. mark mark like, Brem. Ord. 1303. Nr. 42. (Oelrichs 93) marc bi marke lic, d. h. eine Mark wird wie die andere berichtigt.

41) Fuchs Concursverfahren S. 23.

Digitized by Google

welcher erst im spätern Mittelalter und nicht überall durch die Vertheilung nach Markzahl verdrängt worden ist.

Schon in den Volksrechten findet man den Grundsatz prior in petitione prior in jure[42]) aufgestellt. Das westgothische Recht sagt:

Si una persona plurimis rea vel debitrix maneat, qui prior in petitione praecesserit ..., ipsi nihilominus (ungeachtet des Vorhandenseins anderer Gläubiger) aut juxta qualitatem debiti satisfacere compellendus est (sc. debitor), vel damnandus a judice. Quod si quibus reus vel debitor manet, uno eodemque tempore contra eum agere coeperint, secundum quantitatem debiti vel reatus aut reddere omnibus aut omnibus addicendus est serviturus.

Im spätern Mittelalter wird derselbe Grundsatz nicht blos im sächsischen, sowohl ostphälischen als westphälischen Rechte befolgt[43]), sondern auch in den süddeutschen[44]) und schweizerischen[45]) Rechten. Die feinste Ausbildung ist diesem Grundsatze durch die Praxis der Magdeburger Schöffen zu Theil geworden, welche insbesondere folgende Sätze aufstellen.

1) Die Prävention wird bestimmt durch die Priorität der im Exekutions- oder Arrestverfahren stattfindenden Beschlagnahme

42) Rechtssprichwort: der Erste in der Zeit, der Erste im Recht bei Graf und Diethert S. 25. Im französischen Recht: le premier saisissant est le premier payé; Heußler in Ztschr. f. schweiz. R. VII. 128, 201, Warnkönig Franz. R. G. II. 606.

43) Außer dem Magdeburger Recht vgl. Münster. R. §. 42 (Gengler 306) quantumcunque prior conqueritur de debitis ..., ipsi primitus judicabitur, et praeterea aliis, quamdiu sunt ibi res. Holzminden. R. 1245. §. 14. (das. 207) res illius per judicem obligentur ad restitutionem eorum, quibus debitor est, qui vero prius obligaverit, primo restitutionem accipiat.

44) Außer dem Freiburger Recht (Fuchs a. a. O. Note 1) vgl. Augsb. R. (Freyberg) 139: wirt ein man dinchluhtik .. so ist der erste clager hinz sime libe unde hinz sime gute vor andern luten, unz im vergolten wirt, unde swär je darnach der erste ist ... der hat darnach reht. München. R. 14. Bayr. Ldr. 282 (Freyberg IV. 481).

45) Oefn. zu Burgau (Weisth. I. 197). Zürich. Auffalls-Ordn. (oben N. 36) je der erst so am verpot ist vor dem andern. Heußler a. a. O. 128, 201.

Digitized by Google

des Exekutionsgegenſtandes, alſo der Pfändung oder Fronung, Beſetzung, Sperre, Verbietung:

weme der richter und dy scheppfin in gehegtem dinge *der erstekeit der besaczunge* bekennit, daz der syne schulte czu vor nemyn sulle[46]).

Die vollzogene Beſchlagnahme hat den Vorzug vor der blos verfügten[47]). Iſt die Beſchlagnahme wegen mehrerer Forderungen gleichzeitig erfolgt, ſo geht diejenige Forderung vor, welche zuerſt eingeklagt war[48]), indem hierauf die erſte Beſchlagnahme zu beziehen iſt, weil derjenige, der zuerſt vor Gericht kommt, die erſte Verhandlung begehren kann[49]). Abgeſehn von dieſem Falle iſt die Priorität der Anſtellung der Klage nicht entſcheidend[50]).

2) Die vor Gericht geſchehene Satzung um Schuld ſteht der Pfändung oder Fronung bezüglich der Begründung der Priorität der Forderung gleich. Es entſcheidet die Zeit des gerichtlichen Aktes ſowohl dann, wenn mehrere Satzungen[51]), als auch dann, wenn Pfändung und Satzung[52]) kollidiren. Die Gleichſtellung dieſer Satzung mit der Pfändung oder Fronung erklärt ſich daraus, daß erſtere, wie oben erörtert iſt, die Natur eines Konventionalarreſtes hat.

3) Der Schuldner kann die Priorität der Gläubiger nicht willkürlich beſtimmen[53]). Nur dadurch kann er einem Gläubiger die Priorität bezüglich beſtimmter Vermögensſtücke verſchaffen, daß er ihm dieſelben, einzelne Gegenſtände oder die geſammte Habe, vor Gericht um ſeine Schuld verpfändet. Gerade in der Einräumung der Priorität vor andern Forderungen beſteht ein weſentlicher Zweck dieſer Satzung:

---

46) Magd. Syſt. Sch. R. III. 2, 120. 121.
47) Ebendaſ. III. 2, 137.
48) Ebendaſ. III. 2, 72. 73. Kulm. III. 150, 151.
49) Vgl. Sachße in Zeitſchr. f. D. R. XVI. 94, 102.
50) Magd. Syſt. Sch. R. III. 2, 69. Kulm. III. 103. a.
51) Bayr. Ldr. 224. (Freyberg IV. 463).
52) Magd. Syſt. Sch. R. III. 2, 91. 129. Kulm. III. 121. Magd. Fr. II. 2, 10. Bamb. R. §. 257.
53) Magd. Syſt. Sch. R. III. 2, 70. 71. Kulm. III. 148, 149.

Digitized by Google

deme selben secze ich do vor alle myn erbe und gut, das her des ersten do von syne scholt hebin und nemen sulle vor allen andern, den ich schuldig byn[54]).

4) Die Priorität geht verloren, wenn der Gläubiger sein durch Pfändung oder Satzung begründetes Recht nicht gehörig verfolgt, so daß ihm ein anderer Gläubiger bei Verfolgung seines Pfandrechts zuvorkommt:

vorsumet der erste cleger eynyn dingetag, alzo daz dornoch (die) noch ym besaczt habin vor ym us clagin, zo sal man den, die czum erstin usclagin, czu dem gute adir erbe umme ere schulde rechtes helfin[55]).

Daher muß derjenige Gläubiger, welcher sich zwar auf die frühere Pfändung oder Satzung berufen, aber sein Pfandrecht nicht verfolgen kann, weil die Schuld noch nicht fällig ist, gegen einen andern Gläubiger zurückstehn, welcher ihm durch Verfolgung seines Pfandrechtes zuvorkommt[56]).

Das entgegengesetzte Prinzip, die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger nach Markzahl, tritt zuerst im dreizehnten Jahrhundert in den Stadtrechten der großen Handelsplätze auf, im Rechte von Hamburg[57]), Lübeck[58]), Bremen[59]), Goslar[60]) und Frankfurt[61]). Wodurch diese Neuerung herbeigeführt wurde, ist zweifelhaft. Jedenfalls schließt die Beschaffenheit der angeführten Rechtsquellen die Annahme aus, daß der neue Grundsatz einer Einwirkung des römischen Rechts beizumessen sei. Vielleicht brach im Handelsstande die Ueberzeugung sich Bahn, daß seinem Interesse der althergebrachte Grundsatz nicht entspreche, indem er

54) Magd. Fr. II. 2, 10.

55) Magd. Syst. Sch. R. III. 2, 70. 71. Kulm. III. 148, 149. Glogau. R. 137. (Wasserschleben I. 19). Schöff. Urth. 209. bei Wasserschleben a. a. O. 106.

56) Magd. Fr. II. 2, 10; s. oben §. 8. Note 98 ff.

57) Hamb. R. 1270. VI. 15. Billwärd. R. 43.

58) Lüb. R. (Hach) II. 149, 183. III. 36, 86, 199.

59) Brem. Ord. 1303. Nr. 42, 104. (Oelrichs 93, 128). Verden. R. 148. (Pufendorf Obs. I. App. 125).

60) Goslar. R. 6, 33; 8, 16; 67, 17.

61) Frankf. Schöff. Urth. 1398. (Thomas 542).

Digitized by Google

die am Wohnort des Schuldners wohnenden Gläubiger, welche eine Beſchlagnahme ſchneller erwirken können, vor den auswärtigen Gläubigern begünſtige, daher letztere abhalte, Kredit zu gewähren. Vielleicht aber entwickelte ſich das neue Prinzip auf der Grundlage des alten, ſo daß man darin nur eine weitere Ausbildung des letztern erblickte. Insbeſondere im Lübiſchen Rechte kommen Spuren vor, daß man auf letzterem Wege zur Vertheilung nach Markzahl gelangte. Im Lübiſchen Rechte nämlich findet man neben einander die Vertheilung nach Markzahl und die Befriedigung der Gläubiger nach der Reihenfolge der Prävention, dergeſtalt daß diejenigen Gläubiger, welche binnen vier Wochen nach dem Tode oder der Flucht des in Schulden vertieften Schuldners die Beſchlagnahme beantragen, nach Markzahl, die ſpäter ſich meldenden nach Prävention befriedigt werden[62]). Unter der Bezeichnung vier Wochen kommt im Lübiſchen Rechte der Dreißigſte vor[63]). Innerhalb dieſer Friſt ruhten die Anſprüche an den Nachlaß, insbeſondere die Forderungen der Erbſchaftsgläubiger; es durfte während derſelben keine Beſchlagnahme des Nachlaſſes ſtattfinden[64]). Traten nun innerhalb dieſer Friſt mehrere Gläubiger auf und wurde nach Ablauf derſelben die Beſchlagnahme des Nachlaſſes wegen ihrer Forderungen gleichzeitig erkannt, ſo waren zwei Auffaſſungen möglich; entweder beſtimmte man die Priorität der Forderungen nach der Zeit ihrer Anmeldung[65]), oder man betrachtete ſämmtliche innerhalb des Dreißigſten angemeldete Forderungen als gleichzeitig angemeldet. Der letzteren Anſicht folgt das Lübiſche Recht. Daß man die Friſt von vier Wochen auch auf den Fall der Flucht des Schuldners übertrug, iſt nicht befremdlich, da man das zurück-

62) Lüb. R. (Brokes) II. 256, III. 236, Hach S. 322. Lüb. Rsſpr. 1474 bei Michelſen Oberhof Nr. 64.

63) Homeyer Der Dreißigſte in Abh. der Berlin. Akad. 1864. S. 197.

64) Gl. zu Ssp. II. 22. §. 1. alsus mut ok de kleger, deme he schuldich is, vor deme drüttigsten de erfschulde nicht klagen. De richter mut ok dar nicht panden edder besetten, dar de bigraft mede gehinderet werde edder dat drüttigeste. Homeyer a. a. O. 200, 217, 220.

65) Vgl. Note 48.

gelassene Vermögen eines entflohenen insolventen Schuldners überhaupt nach Analogie einer überschuldeten Erbschaft behandelte[66]). Die Frist von vier Wochen erweiterte sodann die Lübische Praxis für die im Auslande abwesenden Gläubiger zu der Frist von Jahr und Tag[67]), welche endlich im Revidirten Stadtrecht als Präklusivfrist für alle Gläubiger festgesetzt wurde[68]).

Ob auch an andern Orten die Vertheilung nach Markzahl in dieser oder ähnlicher Weise aus dem alten Prinzip der Prävention sich entwickelt hat, muß dahin gestellt bleiben. Jedenfalls waren die Voraussetzungen, unter welchen diese Entwicklung im Lübischen Recht sich vollzogen hat, auch anderwärts vorhanden. Es erklärt sich hierdurch zugleich die Entstehung einer gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Präklusivfrist zur Anmeldung derjenigen Forderungen, welche nach Markzahl berichtigt werden sollten[69]). Wo eine solche Frist nicht eingeführt war, durften vermuthlich alle Gläubiger an der Vertheilung nach Markzahl Theil nehmen, welche sich meldeten, so lange die Vertheilung des Erlöses für die verkauften Exekutionsgegenstände noch nicht stattgefunden hatte. In den Ländern sächsischen Rechts gab das im Exekutions- und Arrestverfahren stattfindende Aufgebot den übrigen Gläubigern Veranlassung, sich dem Verfahren anzuschließen. In andern Ländern, wo das Aufgebot nicht üblich war, ist wohl erst mit Aufnahme des fremden Rechts die in Italien ausgebildete Ladung der Gläubiger durch öffentlichen Ausruf eingeführt worden[70]).

66) Vgl. oben S. 154. Die Frage, ob der im Ssp. für den Fall des Todes des Dienstherrn anerkannte Vorzug des Lidlohns auch beim Konkurse desselben stattfinde, bejaht Gl. lat. ad Sp. Sax. I. 22. §. 2: quia cadens a suis bonis efficitur infamis, habentur autem infames pro mortuis.

67) Lüb. Rsspr. 1508 bei Michelsen Nr. 254: dat he bynnen veer weken bynnen landes unde jar unde daghe buten landes like na syn to der besathe.

68) Rev. Lüb. St. R. V. 12, 3.

69) Im Billwärd. R. findet sich anstatt des Sterbemonats ein Sterbequartal: alle ander schuldner ghaet tho likeme dele, de bynnen dren maenten mogen mid rechte dar bykomen

70) Fuchs a. a. O. S. 14. 27.

Digitized by Google

Schluß.

Als Hauptergebniß der vorstehenden Untersuchungen stellt sich heraus, daß die übliche Auffassung des Pfandrechts als eines in sich geschlossenen einheitlichen Rechtsinstituts für das rein deutsche Recht aufgegeben werden muß. Es hat sich gezeigt, daß der Name Pfand auf Verhältnisse von so verschiedener wirthschaftlicher und rechtlicher Beschaffenheit angewendet wird, daß darauf verzichtet werden muß, sie unter einem Grundbegriff zusammenzufassen und gemeinsamen Grundregeln zu unterstellen. Es tritt hierin die Eigenthümlichkeit hervor, welche dem deutschen Rechte des Mittelalters überhaupt sein charakteristisches Gepräge verleiht. Mehr aus der Eingebung des im Volke lebenden Rechtsinstinkts oder Rechtsgefühls, als aus bewußten logischen Operationen hervorgegangen trägt es die Schwächen wie die Vorzüge an sich, welche von einer solchen Rechtsbildung unzertrennlich sind. Für den Mangel einer logischen Konstruktion der einzelnen Lehren wie des gesammten Rechtssystems entschädigt die derbe Naturwüchsigkeit und unverkünstelte Einfachheit des deutschen Rechts. Auch das deutsche Pfandrecht steht tief unter dem römischen, was die Feinheit der juristischen Konstruktion betrifft; sieht man aber auf den praktischen Erfolg, so erscheint der Zweck der Realsicherheit im deutschen Recht durch einfachere Mittel wirksamer erreicht, als im römischen Rechte.

Hat die Untersuchung zunächst ein destruktives Ergebniß geliefert, so erweist sich dasselbe doch als fruchtbar für die weitere

Digitized by Google

Behandlung der Lehre vom Pfandrecht. Erst nach einer Zerlegung des deutschen Pfandrechts in seine Bestandtheile kann bestimmt werden, inwieweit dasselbe nach Aufnahme des römischen Rechts Einfluß auf die Weiterentwicklung des letzteren geübt hat. In dieser Hinsicht aber haben die einzelnen Bestandtheile ungleiches Gewicht.

Die Satzung in der Bedeutung eines Strafgedings hat auf die spätere Entwickelung des Pfandrechts gar nicht eingewirkt. Indem seit Aufnahme des römischen Rechts bei Verträgen, welche die Sicherstellung eines Gläubigers wegen seiner Forderung bezwecken, unterschieden wird zwischen solchen, welche den Gläubiger indirekt sichern, indem sie für den Schuldner einen Antrieb zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit abgeben, und solchen, welche dem Gläubiger ein direktes Mittel gewähren, zu seiner Befriedigung zu gelangen, fällt die Verabredung einer Konventionalstrafe unter die erste Klasse und scheidet aus der Lehre vom Pfandrecht gänzlich aus. Die Sprache aber bewahrt noch die Erinnerung, daß unter wedde und phant ehemals eine Konventionalstrafe verstanden wurde, indem bei Wetten der Gewinn die Natur einer Konventionalstrafe für Aufstellung einer falschen Behauptung hat und bei gewissen Spielen zur Strafe für Verletzung der Spielregeln Pfänder gesetzt werden.

Die Satzung in der Bedeutung eines Tauschgeschäfts wich von dem römischen Pfandrechte begrifflich so sehr ab, daß sie nicht geeignet war, Einfluß auf die Fortbildung des letztern in Deutschland zu gewinnen. Sie verschwand aber auch nicht gänzlich durch die Aufnahme des römischen Rechts. Die Mobiliarsatzung lebte wesentlich in derselben Weise wie früher in dem Lombardgeschäft der Leih- und Pfandhäuser fort, deren Einrichtung nur im Zusammenhange mit dem ältern deutschen Pfandrechte richtig gewürdigt werden kann und deren Statuten oder Privilegien noch heutiges Tages hier und da Rechtssätze enthalten, welche auf merkwürdige Weise mit dem alten Satzungsrechte übereinstimmen. Was die Immobiliarsatzung betrifft, so dauerten nicht allein die im Mittelalter entstandenen Territorialpfandschaften zum Theil bis in die neuere Zeit hinein fort, sondern es kamen

Digitized by Google

im völkerrechtlichen Verkehr noch neue hinzu, wovon die im Jahre 1803 geschehene und noch fortdauernde Verpfändung der Stadt und Herrschaft Wismar das jüngste Beispiel darbietet. Aber auch im bürgerlichen Verkehr blieben Rechtsgeschäfte, welche wesentlich der alten Satzung entsprechen, unter dem Namen Pfandkontrakt, Pfandkaufkontrakt, Wettschlag- oder Wetteschatzvertrag bis zur neueren Zeit in Uebung; ja noch heutiges Tages hält das Landvolk in einzelnen vom modernen Verkehr wenig berührten Landschaften an diesen althergebrachten Geschäften fest. Derartige Geschäfte können nur nach deutschrechtlichen Grundsätzen beurtheilt werden. Es ist daher der Lehre von der Satzung als Tauschgeschäft die praktische Bedeutung nicht ganz abzusprechen und die Untersuchung nöthig, ob und inwieweit eine Modifikation dieser Lehre, wie sie sich nach rein deutschem Recht darstellt, durch die Aufnahme des römischen Rechts herbeigeführt worden ist.

Während die beiden bisher erwähnten Arten der Satzung auf die Gestaltung des römischen Pfandrechts in Deutschland nicht eingewirkt haben, sind die Modifikationen, welche letzteres durch Einwirkung des deutschen Rechts erfahren hat, auf die dritte Art der Satzung, welche die Bedeutung einer Anweisung von Exekutionsgegenständen hatte, und auf die Pfändung zurückzuführen. Diese Satzung und die gerichtliche Pfändung stellen sich schon vor der Aufnahme des römischen Rechts als ein einziges Rechtsinstitut dar; das durch jene und durch diese begründete Rechtsverhältniß unterscheidet sich nur in Ansehung des Entstehungsgrundes. Indem beide den Zweck haben, die Befriedigung eines Gläubigers vermittelst des Pfandes zunächst sicherzustellen und demnächst herbeizuführen, haben sie die größte Aehnlichkeit mit dem römischen Pfandrechte. Wenn gleich die zur Erreichung dieses Zwecks angewendeten Mittel im deutschen Rechte andere sind, als im römischen, indem dort ohne Bestellung eines jus in re die Sicherstellung des Gläubigers durch eine Dispositionsbeschränkung des Pfandeigners erreicht und die Veräußerungsbefugniß des Erstern auf eine Ermächtigung des Gerichts zurückgeführt wird, so erscheint doch in Folge dieser Institute der Boden

für die Aufnahme des römischen Rechts bereitet und die Möglichkeit gegeben, das römische Pfandrecht auf einheimische Rechtsverhältnisse anzuwenden und zugleich durch Beibehaltung einheimischer Rechtssätze zu modifiziren, also das fremde und deutsche Pfandrecht zu verschmelzen.

Es muß daher an die Pfändung und die zuletzt erwähnte Art der Satzung angeknüpft werden, wenn es gilt, die Fortbildung des römischen Pfandrechts in Deutschland nachzuweisen. An dieser Stelle genügt es, die Anknüpfungspunkte zu bezeichnen, auf welchen diese Nachweisung den Faden der Darstellung aufzunehmen hat; den Nachweis selbst zu führen, liegt außerhalb der Grenzen der gegenwärtigen Abhandlung.

Zum Schlusse möge es gestattet sein, ein Nebenergebniß der vorstehenden Erörterungen hervorzuheben, obwohl es den eigentlichen Gegenstand derselben nicht betrifft.

Die §§. 2 bis 5 liefern einige Beiträge zur Geschichte des Civilprozesses und insbesondere den Nachweis, daß die Grundlagen der sogenannten bestimmt summarischen Prozeßarten, des Arrestprozesses, Mandatsprozesses und Exekutivprozesses, im deutschen Rechte schon vor der Aufnahme des römischen Rechts gegeben, und daß alle diese Prozeßarten aus dem gewöhnlichen deutschen Exekutionsverfahren hervorgegangen sind.

Der Arrestprozeß (oben §. 3), welcher auch die Stelle des mangelnden Konkursprozesses vertritt (oben §. 9), beruht darauf, daß die Beschlagnahme, welche in der Regel in der Exekutionsinstanz nach Ablauf einer vom Gericht gesetzten Zahlungsfrist eintritt, in einem frühern Stadium des Prozesses antizipirt wird.

Der Mandatsprozeß ist im deutschen Rechte insofern bekannt, als der Zahlungsbefehl, welcher in der Regel auf Grund einer Verurtheilung oder eines Geständnisses oder eines Ungehorsams des Beklagten die Exekutionsinstanz eröffnet, auch ohne diese Voraussetzungen in Folge einseitigen Antrags des Gläubigers

Digitized by Google

erlassen werden kann, wenn die Forderung desselben auf einem außerhalb des Rechtsstreits abgelegten gerichtlichen oder quasi-gerichtlichen Schuldbekenntniß beruht[1]). In derselben Weise wird verfahren, wenn ein Fall vorliegt, in welchem der Gläubiger das Recht der Privatpfändung hat. Wenn er es vorzieht, sich der Hülfe des Gerichts zu bedienen, oder wenn er sich dazu genöthigt sieht, weil der Schuldner die Vollziehung der Privatpfändung thatsächlich verhindert[2]), so macht er nicht das einfache Forderungsrecht, sondern das Pfändungsrecht geltend, indem er die Hülfe des Gerichts bei der Pfändung in Anspruch nimmt, und das Gericht verhilft ihm zu diesem Rechte, indem es nach einem fruchtlosen Zahlungsbefehl zur Pfändung schreitet, vorausgesetzt, daß die Thatumstände, welche das Pfändungsrecht begründen, in Gerichtskunde beruhen. Es ist eine Anwendung dieses längst üblichen Verfahrens, wenn in späterer Zeit der Mandatsprozeß auch dann eingeleitet wird, wenn das Verbot der Selbsthülfe ein rechtliches Hinderniß für die Ausübung des dem Gläubiger eingeräumten Pfändungsrechtes abgiebt[3]).

Was endlich den Exekutivprozeß betrifft, so kann das Verhältniß desselben zu dem rein deutschen Prozeß nach den Ausführungen im §. 2 weder so bestimmt werden, wie Briegleb[4]) behauptet, noch so, wie es von Planck in seiner Kritik des Werkes von Briegleb[5]) und von H. Ortloff[6]) geschehen ist. Mit den letztgenannten Schriftstellern ist zwar anzunehmen, daß Briegleb irrt, wenn er annimmt, daß in Deutschland vor dem Jahre 1495 keine Spur der spezifischen Eigenthümlichkeiten anzutreffen sei, welche sich aus dem Rechte der italienischen Guarentigia

1) Vgl. oben S. 47 ff.

2) Goslar. R. 110, 39; dazu Göschen S. 419. Verm. Sfp. II. 4, 6. Eisen. Rsb. III. 32. Schles. L. R. 358. (Gaupp 195).

3) R. Dep. Absch. 1600. §. 32.

4) Ueber executorische Urkunden und Executiv-Proceß. Aufl. 2. 1845. S. 211 ff.

5) Krit. Jahrbb. von Richter und Schneider IX. 426 ff.

6) Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß. N. F. XIV. 197 ff., 441 ff. Vgl. auch Heimbach das. XIII. 118.

Digitized by Google

herausgebildet haben und den heutigen Exekutivprozeß kennzeichnen. Dagegen ist denselben darin nicht beizustimmen, daß sie bei der ältern Meinung beharren, welche den Exekutivprozeß aus dem germanischen Institut der Privatpfändung hervorgehen läßt. Denn das Recht der Privatpfändung ist, wie im §. 5 ausgeführt worden, keineswegs bei allen kundlichen unlogenbaren Schulden, sondern abgesehn von den gesetzlichen Ausnahmefällen nur da anzuerkennen, wo der Schuldner dasselbe dem Gläubiger vertragsweise eingeräumt hat; daß aber der Exekutivprozeß nicht auf die mit der Pfändungsklausel versehenen Urkunden beschränkt werden kann, unterliegt keinem Zweifel. Ueberdies würde aus dem Pfändungsrechte durch das Verbot der Selbsthülfe nicht der Exekutivprozeß, sondern der Mandatsprozeß hervorgegangen sein [7]).

Vielmehr findet man in den deutschen Rechtsbüchern und Stadtrechten des vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts dieselben Grundsätze, welche das Wesen der italienischen Guarentigia ausmachen, ohne daß eine Einwirkung des fremden Rechtes erweislich oder auch nur wahrscheinlich wäre. Hier wie in Italien findet sich die Gleichstellung des gerichtlichen Geständnisses mit der Verurtheilung in Betreff der Exekution und wiederum die Gleichstellung des außer dem Prozeß abgelegten gerichtlichen oder quasigerichtlichen Schuldbekenntnisses mit dem Geständniß im Prozeß. Uebereinstimmend in beiden Rechten ist die Form dieses Schuldbekenntnisses; was Briegleb für die unnatürliche Simulation eines Rechtsstreits erklärt, ein interrogatorisches Verfahren mit einem sich daran schließenden praeceptum s. mandatum de solvendo, das ist in Deutschland die gewöhnliche Form bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche sich durchweg in ähnlichen Formen wie der Rechtsstreit, in Rede, Gegenrede und Urtheil, bewegen. Uebereinstimmend ist ferner in beiden Rechten die Wirkung des gerichtlichen oder quasigerichtlichen Schuldbekenntnisses; was Briegleb als Theorie der Glossatoren über die Wirksamkeit desselben anführt, daß es durch einfaches Anrufen

7) Oben N. 3.

Digitized by Google

des officium judicis um sofortige Einleitung des Exekutionsverfahrens mittels Erlassung eines auf dieselbe Zahlungsfrist, welche dem judicatus gegönnt ist, gerichteten praeceptum s. mandatum de solvendo realisirt werden könne, dasselbe gilt auch im deutschen Rechte, nur mit dem unwesentlichen Unterschiede, daß wenigstens in einzelnen Rechtsquellen der geständige Schuldner in Betreff der Zahlungsfrist milder behandelt wird, als der verurtheilte, indem man bei bekannter Schuld eine oder mehrere Zahlungsfristen gestattete, bei der mit Notrecht gewonnenen Schuld dagegen die sofortige Zahlung forderte [8]). Sogar im Namen zeigt sich einige Aehnlichkeit; wie instrumentum guarentigiatum eine wohl verwahrte, befestigte Urkunde bedeutet, so wird die bekannte Schuld hier und da bekommerte schuld genannt [9]).

Ungeachtet dieser Uebereinstimmung in den Grundgedanken war das italienische Verfahren in wesentlichen Zügen anders entwickelt, als das deutsche bis zur Aufnahme des fremden Rechts. Eigenthümlichkeiten des ersteren bestanden in der Anlehnung an den römischen Rechtssatz confessus in jure pro judicato habetur, in der Gleichstellung des vor einem Notar abgelegten Geständnisses mit dem gerichtlichen und des von dem Notar als judex chartularius ertheilten praeceptum de solvendo mit dem richterlichen Zahlungsbefehl, in der Ausdehnung des Rechts der guarentigiirten Urkunden auf Privaturkunden. In Deutschland nahm man bei der Aufnahme des fremden Rechts auch die Grundsätze über guarentigiirte Urkunden und das bei Geltendmachung derselben eintretende Gerichtsverfahren aus der italienischen Doktrin auf und vermischte sie mit den Grundsätzen des einheimischen Rechts über bekannte Schulden oder Schuldbekenntnisse [10]). So war es in der That

8) Magd. R. 1304. Art. 64. (Gaupp 292). Sächs. Weichb. 90. §. 1. §. 2. Glogau. R. 496, 504 (Wasserschleben I. 60). Ausnahmsweise zahlt auch der geständige Schuldner dem gaste ., by sonnenschein desselbin tages, Magd. Fr. II. 2, 14, oder zu gewissen Zeiten über dwernacht, proxima die ante occasum solis, Dortmunder R. bei Brieglеb 215.

9) Oben S. 52. Note 55.

10) Gl. lat. ad Sp. Sax. I. 70. (Zobel CLXIV): Et nota, quod tale praeceptum alias vocatur guarentigia, quae fit in confessum debitorem

neues Recht, was aufgenommen wurde; aber das Neue beſtand nicht in der Einführung des Rechts parater Exekution, welches in Deutſchland längſt in Uebung war, ſondern nur in der eigenthümlichen Ausdehnung und Ausbildung, welche daſſelbe durch die italieniſche Jurisprudenz erhalten hatte.

Die Grundlage des Exekutivprozeſſes iſt alſo deutſchrechtlich, die doktrinelle Ausbildung deſſelben aber von den Italienern entlehnt [11]).

---

de solvendo debito ad certum diem. Neque enim in confitentem debitum sunt partes judicis, ut jubeat eum litigare, sed in assignando illi terminum ad solvendum, quasi esset condemnatus. Zaſius in der bei Briegleb S. 218 angeführten Stelle: de instrumentis guarentigiatis, quae ego *ad confessata secundum nostrae Germaniae mores traduco.*

11) Zu demſelben Ergebniß gelangt auch Bar in der während des Druckes der vorliegenden Abhandlung erſchienenen Schrift: Das Beweisurtheil des germaniſchen Prozeſſes. 1866. S. 255 ff. Beide Darſtellungen gehen darin auseinander, daß Bar das Gerichtszeugniß, welches die Grundlage des richterlichen Zahlungsbefehls bildet, als Beweismittel auffaßt, während die vorliegende Abhandlung annimmt, daß es zum Beweiſe nicht kam, wenn durch Gerichtszeugniß feſtſtand, daß der Beklagte die eingeklagte Forderung bekannt habe. Uebrigens ſteht die Ausführung von Bar über den Urſprung des Exekutivprozeſſes mit deſſen Anſicht vom Weſen des germaniſchen Beweisverfahrens in einem ſo loſen Zuſammenhang, daß man der erſteren beipflichten kann, ohne die letztere zu theilen.

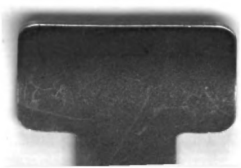
K. BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MÜNCHEN

Digitized by Google

Druckfehler.

S. 9 Note 16 und S. 11 Note 29 l. Meiern st. Meinern.
S. 27 Note 28 l. App. st. Alpp.
S. 192 Zeile 1 l. 7) hinter Versprechen.
S. 201 Zeile 20 l. Ausſprüche st. Ansprüche.
S. 268 N. 11 l. Gauerbenretrakt st. Gauerbenretrakt.

Digitized by Google



Digitized by Google